UNIVERSITE DE NANCY II

LA PROTECTION DE L'INTEGRITE DU CONSENTEMENT DANS LA VENTE COMMERCIALE

M. GUY VENANDET

1976

grenoble
ORL

UNIVERSITE DE NANCY-II

LA PROTECTION DE L'INTEGRITE DU CONSENTEMENT DANS LA VENTE COMMERCIALE

M. GUY VENANDET

SERVICE DE REPRODUCTION DES THÈSES DE
L'ATELIER DES ACTIVITÉS SOCIALES DE GRENOBLE

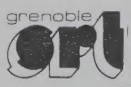
UNIVERSITE DE NANCY II

LA PROTECTION DE L'INTEGRITE DU CONSENTEMENT DANS LA VENTE COMMERCIALE

M. GUY VENANDET

Thèse pour le Doctorat en Droit
présentée et soutenue en Novembre 1976
sous la présidence de : M. Jean LACOMBE

SERVICE DE REPRODUCTION DES THESES DE
L'UNIVERSITÉ DES SCIENCES SOCIALES DE GRENOBLE



UNIV.
LEIDEN
BIBL.

La Faculté n'entend donner ni approbation, ni improbation aux opinions émises dans la thèse, ces opinions devant être considérées comme propres à leur auteur.

AVERTISSEMENT

Le présent document est une reproduction faite en réduction (33 %) **d'un document original fourni par l'auteur**

Le Service de Reproduction des Thèses de l'Université des Sciences Sociales (Grenoble III) ne peut être tenu pour responsable de la mauvaise qualité de certaines parties. Seul l'auteur qui n'a pas eu le loisir ou la possibilité de fournir des originaux correspondant aux normes fixées par l'Atelier peut être incriminé

UNIVERSITE de NANCY II

FACULTE de DROIT

et des

SCIENCES ECONOMIQUES

Année universitaire 1975 - 1976

DOYEN	M. JAQUET
Assesseurs du Doyen	MM. VITRY, WEBER
Doyens honoraires	MM. ROBLOT, TALLON, BENTZ
Professeurs honoraires	MM. TROTABAS, LESCOT, WALINE, TEITGEN, MARCHAL, IMBERT, de MENTHON

MM. ROBLOT René	Professeur de droit commercial
CHAUMONT Charles	Professeur de droit international public
VITU André	Professeur de droit pénal
FRIEDEL Georges	Professeur de droit privé
GENDARME René	Professeur d'économie politique
JAQUET Paul	Professeur de droit public
COUDERT Jean	Professeur d'histoire du droit
BORELLA François	Professeur de droit public
MORICEAU Jean	Professeur d'économie politique
GROSS Bernard	Professeur de droit privé
LACOMBE Jean	Professeur de droit privé
SERGENE André	Professeur d'histoire du droit
BLOCH Georges-Philippe	Professeur de droit public
COLLOT Claude	Professeur d'histoire du droit
GOUBEAUX Gilles	Professeur de droit privé
GUYOT Fernand	Professeur d'économie politique
CHARPENTIER Jean	Professeur de droit public
PIERROT Guy	Professeur d'économie politique
BONET Georges	Professeur de droit privé
MERLE Philippe	Professeur de droit privé
LANG Jack	Professeur de droit public
LEMOYNE de FORGES Jean-Michel	Professeur de droit public
VITRY Daniel	Professeur d'économie politique
ZOUREK Jaroslav	Professeur associé

Mme PATAULT Anne-Marie	Maître de conférences agrégée d'histoire du droit
MM. FERRARI Pierre	Maître de conférences agrégé de droit public
BERRA Daniel	Maître de conférences agrégé de droit privé
RAY Jean-Claude	Maître de conférences agrégé d'économie politique

Mlle LOGETTE Aline	Maître-assistante d'histoire du droit
Mme GEBLER Marie-Josèphe	Maître-assistante de droit privé
MM. WEBER Yves	Maître-assistant de droit public
BIHR Philippe	Maître-assistant de droit privé
BUZELAY Alain	Maître-assistant d'économie politique
DUCROS Jean-Claude	Maître-assistant de droit public
BILLORET Jean-Louis	Maître-assistant d'économie politique
Mme ALLEMAND Marie-Thérèse	Maître-assistante d'histoire du droit
Mlle THOMAS Geneviève	Maître-assistante de droit privé
M. BOURION Christian	Maître-assistant d'économie politique

M. GOSSEREZ Christian	Chargé de cours de droit public
Mme BRUNET Andrée	Chargée de cours de droit privé
M. MARTIN Jean-Pierre	Chargé de cours de gestion
M. KLEIN Gérard	Chargé de cours de droit privé

MM. HUET André	Maître de conférences à la Faculté de Strasbourg Chargé d'enseignement de droit privé
CASTAGNE Maurice	Maître de conférences à L'I.N.P. de Nancy Chargé d'enseignement de sciences économiques
ROQUES Michel	Chargé d'enseignement de sciences économiques
SZWARC Marcel	Chargé d'enseignement de sciences économiques
BARRAL Pierre	Chargé d'enseignement d'histoire
VIAULT - Mme ROLLAND et GRANDBASTIAN	Chargé d'enseignement d'Informatique
MM. RENAUDIN Jean	Chargé d'enseignement de comptabilité et bilans
BARTHELEMY	Chargé d'enseignement d'informatique de gestion
Me THOMAS-CHEVALLIER	Chargé d'enseignement de droit privé

PRINCIPALES ABREVIATIONS

Cir.	Circulaire
D.	Décret
D.L.	Décret-loi
L.	Loi
Ord.	Ordonnance
R.A.P.	Règlement d'administration publique
C. Civ.	Code civil
C. Com.	Code de commerce
C.P.	Code pénal
C. Ap.	Cour d'appel
Cass.	Cour de cassation
Civ.	Cour de cassation, chambre civile
Com.	Cour de cassation, chambre commerciale
Crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
Req.	Cour de cassation, chambre des requêtes
Soc.	Cour de cassation, chambre sociale
T. civ.	Tribunal civil
T. com.	Tribunal de commerce
T.G.I.	Tribunal de grande instance
T.I.	Tribunal d'instance
C.E.	Conseil d'état
Art.	Article
Chron.	Chronique
Concl.	Conclusions
Doct.	Doctrine
Fasc.	Fascicule
J.	Jurisprudence
Obs.	Observations
Som.	Sommaire
T.	Tome
Th.	Thèse

Ann. dr. com.	Annales de droit commercial
Bull.	Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation (Chambres civiles)
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation (Chambre criminelle)
Chron.	Chronique
D.	Recueil Dalloz
D.A.	Dalloz analytique
D.C.	Dalloz critique
D.H.	Dalloz hebdomadaire
D.P.	Dalloz périodique
Encycl. dr. civ.	Encyclopédie Dalloz de droit civil
Encycl. dr. com.	Encyclopédie Dalloz de droit commercial
G.P.	Gazette du Palais
J.C.P.	Jurisclasseur périodique (Semaine juridique) édition générale
J.C.P. - C.I.	Jurisclasseur périodique (Semaine juridique) édition commerce et industrie
J.C.L. civ.	Jurisclasseur de droit civil
J.C.L. com	Jurisclasseur de droit commercial
J.C.L. pén.	Jurisclasseur de droit pénal
J.O.	Journal officiel
J.O. déb. A.N.	Journal officiel. Débats de l'Assemblée Nationale
Rec. gén. lois	Recueil général des lois
Rep. com.	Répertoire Dalloz de droit commercial
R.D.C.	Revue trimestrielle de droit commercial
R.D.Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
Rev. Sc. Crim.	Revue de Science Criminelle et de droit pénal comparé
S.	Recueil Sirey

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION p. 1

PREMIERE PARTIE : LA PROTECTION CONTRE L'ERREUR DANS LA VENTE COMMERCIALE p. 15

TITRE I : LA PROTECTION CONTRE L'ERREUR PAR LA THEORIE DES VICES DU CONSENTEMENT p. 21

CHAPITRE I : LES FORMES ET LES CATEGORIES D'ERREURS, VICES DU CONSENTEMENT, DANS LA VENTE COMMERCIALE p. 25

SECTION 1 : Les erreurs admises dans la vente commerciale : les erreurs sur la substance p. 27

§ 1 : Le concept d'erreur sur la substance p. 27

§ 2 : Les applications jurisprudentielles de l'erreur sur la substance p. 30

A - La substance, matière de la chose p. 30

1) erreur sur la substance et vente d'oeuvres d'art p. 32

2) erreur sur la substance et vente de véhicules p. 35

B - La substance, aptitude de la chose p. 38

SECTION 2 : Les erreurs indifférentes dans la vente commerciale p. 43

§ 1 : L'erreur sur la personne dans la vente commerciale p. 43

§ 2 : L'erreur sur la valeur dans la vente commerciale p. 48

CHAPITRE II : LE REGIME JURIDIQUE DE L'ERREUR, VICE DU CONSENTEMENT, DANS LA VENTE COMMERCIALE p. 55

SECTION 1 : Le caractère déterminant de l'erreur p. 55

§ 1 : L'importance du prix de vente p. 59

§ 2 : La qualité et l'attitude des contractants p. 61

§ 3 : L'aspect et la présentation de l'objet p. 66

§ 4 : L'existence d'une stipulation de garantie p. 68

SECTION 2 : Le caractère inexcusable de l'erreur p. 70

SECTION 3 : Le caractère connu de l'erreur p. 78

CHAPITRE III : LES LIMITES DE LA PROTECTION DE L'ARTICLE 1110 DU CODE CIVIL p. 85

SECTION 1 : Les limites tirées de la conception juridique de l'erreur p. 85

SECTION 2 : Les limites pratiques de la protection de l'article 1110 du code civil p. 93

TITRE II : LES TECHNIQUES JURIDIQUES PREVENTIVES DE L'ERREUR DANS LA VENTE COMMERCIALE p. 101

CHAPITRE I : L'OBLIGATION DE RENSEIGNEMENT p. 105

SECTION 1 : La théorie juridique générale de l'obligation de renseignement p. 105

§ 1 : Les tentatives jurisprudentielles de création d'une théorie générale de l'obligation de renseignement p. 106

A - La sanction du silence du contractant p. 106

B - L'obligation particulière de renseignement du professionnel p. 111

§ 2 : Le fondement classique de l'obligation de renseignement p. 115

SECTION 2 : Les obligations légales de renseignement p. 118

§ 1 : Détermination des obligations légales de renseignement p. 119

A - L'obligation de déclarer les vices de la chose p. 119

B - Les mentions obligatoires dans certains contrats de vente p. 122

1) les mentions obligatoires dans les ventes de fonds de commerce p. 122

2) L'étiquetage informatif p. 124

§ 2 : Conclusion critique de l'obligation de renseignement p. 127

CHAPITRE II : L'INFORMATION DES CONTRACTANTS DANS LE CADRE DE LA VENTE COMMERCIALE p. 131

SECTION 1 : L'information par l'individualisation de l'objet de la vente p. 133

§ 1 : L'étendue du caractère obligatoire de l'identification de la prestation p. 133

§ 2 : Le rattachement effectif de la technique distinctive au produit mis en vente p. 136

SECTION 2 : Les techniques précontractuelles de garantie de la qualité de la prestation p. 142

§ 1 : Les techniques positives de prévention de la qualité de la prestation p. 142

A - La marque, garantie de qualité du produit p. 143

B - Les indications de provenance et les appellations d'origine p. 144

C - Les marques collectives p. 149

1) La catégorie générale des marques collectives p. 150

2) Le label de qualité p. 152

§ 2 : L'inexistence d'une publicité informative p. 155

TITRE III : LA PROTECTION CONTRE L'ERREUR SE REVELANT LORS DE L'EXECUTION DU CONTRAT DE VENTE COMMERCIALE p. 161

CHAPITRE I : LA REFERENCE AU PRODUIT OU L'AGREMENT DE L'ACQUEREUR, PROTECTION CONTRE L'ERREUR SE REVELANT LORS DE L'EXECUTION DU CONTRAT p. 163

SECTION 1 : Les ventes sur référence p. 163

§ 1 : La détermination de la référence p. 164

A - La vente sur modèle p. 164

B - La vente sur type p. 164

C - La vente sur échantillon p. 165

D - La vente sur catalogue p. 166

§ 2 : Les conséquences de la référence p. 167

A - L'échantillon p. 168

B - La vente sur type p. 170

C - La vente sur modèle p. 170

D - La vente sur catalogue p. 170

SECTION 2 : Les ventes avec agrément p. 171

§ 1 : Le droit de repentir p. 172

§ 2 : La vente à la dégustation p. 175

§ 3 : La vente à l'essai p. 179

CHAPITRE II : LA THEORIE DES VICES CACHES, PROTECTION CONTRE L'ERREUR SE REVELANT LORS DE L'EXECUTION DU CONTRAT p. 183

SECTION 1 : L'application positive de la théorie des vices cachés à la vente commerciale p. 185

§ 1 : Garantie légale et consentement individuel p. 185

A - Le vice doit être caché p. 186

B - Le vice doit être antérieur à la vente p. 188

C - Le vice doit être grave p. 189

§ 2 : Garantie conventionnelle et consentement de l'acheteur p. 192

A - Les clauses extensives de la garantie légales p. 192

B - Les clauses réduisant la garantie légale p. 193

1) la validité de principe des clauses restrictives de garantie p. 194

2) l'assimilation du vendeur professionnel au vendeur de mauvaise foi p. 195

SECTION 2 : Les rapports de l'erreur avec la théorie des vices cachés p. 201

§ 1 : Les solutions doctrinales et jurisprudentielles p. 202

A - La séparation des deux notions p. 202

B - La confusion des deux notions p. 203

§ 2 : La position logique du problème p. 204

DEUXIEME PARTIE : LA PROTECTION CONTRE LA DELOYAUTE DANS LA VENTE COMMERCIALE p. 209

TITRE I : LE SYSTEME CLASSIQUE DE PROTECTION CONTRE LA DELOYAUTE DANS LA VENTE COMMERCIALE p. 213

CHAPITRE I : LA PROTECTION CLASSIQUE CONTRE LE DOL, DANS LA VENTE COMMERCIALE, PAR L'ARTICLE 1116 DU CODE CIVIL p. 215

SECTION 1 : Les éléments du dol de l'article 1116 du code civil favorisant la protection du consentement p. 218

§ 1 : L'appréciation du caractère déterminant de l'erreur provoquée p. 218

A - La distinction du dol principal et du dol incident p. 219

B - L'application jurisprudentielle du caractère déterminant du dol, dans la vente commerciale p. 221

1) La naïveté de la victime et son défaut d'instruction p. 222

2) La situation professionnelle des contractants p. 223

§ 2 : L'existence d'une erreur provoquée p. 224

A - Le critère du dolus bonus p. 225

B - L'application du critère du dolus bonus à la vente commerciale p. 228

1) Les manoeuvres positives p. 228

2) Le mensonge dolosif p. 229

3) La réticence dolosive p. 231

SECTION 2 : Les éléments du dol de l'article 1116 du code civil limitant la protection du consentement p. 233

§ 1 : L'origine du dol p. 233

§ 2 : L'intention dolosive p. 236

CHAPITRE II : LA PROTECTION CLASSIQUE CONTRE LE DOL, DANS LA VENTE COMMERCIALE, PAR L'ARTICLE 405 DU CODE PENAL p. 241

SECTION 1 : Essai de détermination des rapports entre le dol civil et le dol criminel p. 242

§ 1 : Recensement des tentatives doctrinales de définition des rapports juridiques entre le dol civil et l'escroquerie p. 244

A - L'identité du dol civil et de l'escroquerie p. 244

B - La différence de degré entre le dol et l'escroquerie p. 245

C - La différence de nature entre le dol et l'escroquerie p. 248

§ 2 : Application comparée des articles 1116 du code civil et 405 du code pénal p. 250

A - L'existence de manoeuvres dolosives p. 251

1) Le faux nom et la fausse qualité p. 251

2) Les manoeuvres frauduleuses p. 252

B - Le résultat du dol : une erreur p. 256

C - L'intention coupable p. 258

SECTION 2 : Les applications particulières de l'article 405 du code pénal à la vente commerciale p. 260

§ 1 : L'escroquerie à la publicité p. 260

§ 2 : L'escroquerie à la boule de neige p. 263

§ 3 : L'escroquerie à la charité p. 265

TITRE II : LA PROTECTION CONTRE LA DELOYAUTE DANS LA VENTE COMMERCIALE PAR LE CONTROLE DES TECHNIQUES DE VENTE p. 269

CHAPITRE I : LA LUTTE CONTRE LE MENSONGE PUBLICITAIRE p. 271

SECTION 1 : La nécessaire sanction des abus de la publicité commerciale p. 271

§ 1 : L'action publicitaire et la protection du consentement p. 272

A - La publicité informe p. 272

B - La publicité est un facteur de progrès p. 273

C - La publicité est un moyen de communication p. 273

§ 2 : Le sens de l'évolution législative du contrôle de la publicité p. 276

SECTION 2 : Relativité de la vérité en publicité p. 286

§ 1 : La réalisation du mensonge illicite p. 286

A - Le support du mensonge publicitaire p. 286

B - L'objet du mensonge publicitaire p. 287

1) Allégations relatives au produit p. 288

2) Les qualités du fabricant, du revendeur, des prestataires ou des promoteurs p. 290

3) Les qualités d'utilisation du produit p. 291

4) Les conditions de la vente p. 292

§ 2 : Les moyens d'expression du mensonge publicitaire illicite p. 293

A - L'affirmation précise p. 294

B - L'affirmation fausse ou trompeuse p. 295

C - La licéité des affirmations exactes, appréciation p. 298

SECTION 3 : La sanction des abus de la publicité trompeuse p. 301

§ 1 : Le contenu de l'élément intentionnel du délit de publicité trompeuse p. 301

§ 2 : Sanctions et poursuites de la publicité trompeuse p. 307

A - La procédure accélérée de cessation de la publicité incriminée p. 308

B - L'action des associations de consommateurs p. 309

C - La charge de la preuve de la publicité mensongère p. 310

D - La contrepublicité p. 311

CHAPITRE II : LE CONTROLE DES PROCEDES SUSPECTS DE VENTE p. 313

SECTION PRELIMINAIRE : La protection contre l'exploitation abusive de la charité publique par la législation relative aux ventes philanthropiques p. 314

A - Le contenu de la loi du 5 juillet 1972 p. 315

B - Le sens de la loi du 5 juillet 1972 p. 316

SECTION 1 : La suspicion envers l'avantage gratuit p. 317

§ 1 : La prime au sens de la loi du 20 mars 1951 p. 318

A - Le principe de l'interdiction p. 318

B - Les dérogations à l'interdiction des primes accessoires p. 322

§ 2 : Le contrôle des loteries, jeux et concours, accompagnant une vente p. 323

A - Le contrôle spécifique des ventes assorties de jeux p. 324

B - Le contrôle des ventes assorties de jeux par la législation antiprime p. 324

SECTION 2 : L'appréciation de la législation relative aux avantages gratuits p. 326

§ 1 : Le fondement de la législation relative aux avantages gratuits p. 328

A - La protection du consentement de l'acheteur p. 327

B - La protection d'une saine concurrence p. 329

§ 2 : L'opportunité de la législation relative aux avantages gratuits p. 332

A - Une législation mal faite p. 332

B - Une législation inutile p. 333

C - Une législation inadéquate p. 335

TITRE III : LA PROTECTION CONTRE LA DELOYAUTE DANS LA VENTE COMMERCIALE PAR LA SURVEILLANCE DE LA QUALITE p. 337

CHAPITRE I : LE CONTROLE DU PRODUIT PAR LES DELITS GENERAUX DE LA LOI DU 1° AOUT 1905 p. 339

SECTION 1 : L'élément matériel de la fraude par tromperie : les tromperies punissables p. 342

§ 1 : Les éléments de la fraude dont l'action directe sur le consentement doit être démontrée p. 343

A - Les qualités substantielles du produit p. 343

B - L'origine et l'espèce du produit p. 345

C - La nature de la marchandise p. 346

§ 2 : Les éléments de la fraude dont l'action directe sur le consentement est présumée p. 347

A - La composition et la teneur en principes utiles p. 347

B - La quantité du produit p. 349

C - L'identité de la chose p. 350

SECTION 2 : Les conditions de la répression de la fraude par tromperie p. 351

A - Un contrat à titre onéreux p. 352

B - Une marchandise p. 353

§ 1 : Le contenu de l'élément intentionnel du délit de tromperie p. 353

§ 2 : L'imputabilité de l'élément intentionnel de la tromperie p. 361

A - L'appréciation de l'imputabilité aux divers stades de fabrication et de distribution p. 361

1) Le fabricant p. 361

2) Les intermédiaires p. 362

3) Le détaillant p. 362

B - L'appréciation de l'imputabilité dans le cadre interne de l'entreprise p. 363

CHAPITRE II : LES GARANTIES D'EFFICACITE DU SYSTEME LEGAL DE SURVEILLANCE DE LA QUALITE p. 367

SECTION 1 : Les garanties légales d'efficacité de la surveillance de la qualité : l'existence de textes complémentaires p. 368

§ 1 : La sanction du non respect d'une obligation précontractuelle p. 368

A - La marque p. 369

B - Le label p. 370

C - L'appellation d'origine p. 370

D - La normalisation p. 372

E - Les situations particulières p. 374

§ 2 : La sanction spécifique de la déloyauté p. 375

A - Les actes de simple détention prohibés p. 375

B - Les actes directs de tromperie p. 377

SECTION 2 : Les garanties matérielles d'efficacité de la surveillance de la qualité p. 380

§ 1 : Les sanctions de la loi du 1° août 1905 en jurisprudence p. 380

§ 2 : L'importance du rôle de l'Administration dans l'application de la loi du 1° août 1905 p. 384

TROISIEME PARTIE : LA PROTECTION CONTRE LA CONTRAINTE DANS LA VENTE COMMERCIALE p. 393

TITRE I : LA PROTECTION CONTRE LA CONTRAINTE PAR LE DROIT COMMUN DES OBLIGATIONS p. 397

CHAPITRE I : LA SANCTION DE LA CONTRAINTE PAR LA THEORIE DES VICES DU CONSENTEMENT p. 399

SECTION 1 : Les insuffisances de la théorie de la violence, vice du consentement p. 399

§ 1 : La nature des éléments du vice de violence p. 400

A - Les éléments subjectifs de la violence p. 400

B - Les éléments objectifs de la violence p. 403

1) L'auteur de la violence p. 403

2) Le caractère injuste et immoral de la violence p. 403

§ 2 : Vers une nouvelle définition de la violence : l'admission de l'état de nécessité p. 405

SECTION 2 : La protection contre la contrainte par la théorie de la lésion p. 411

CHAPITRE II : LA PROTECTION CONTRE LA CONTRAINTE DANS LES CONTRATS D'ADHESION p. 421

SECTION 1 : Le contrôle du contrat d'adhésion par la théorie dite du contrat d'adhésion p. 422

§ 1 : La nature et la spécificité du contrat d'adhésion p. 422

A - Les formes du contrat d'adhésion p. 422

1) Le contrat type p. 422

2) Les conditions générales de vente p. 424

3) Les termes normalisés p. 425

B - Le problème du contrat d'adhésion p. 425

§ 2 : Justification et nature du contrôle spécifique du contrat d'adhésion p. 427

A - L'analyse réglementaire p. 427

B - L'analyse contractuelle p. 429

SECTION 2 : Le contrôle du contrat d'adhésion par le droit commun des obligations p. 431

§ 1 : Le contrôle du contenu du contrat d'adhésion p. 432

A - L'interprétation judiciaire du contrat p. 432

B - L'obligation de mesure du rédacteur du contrat p. 435

§ 2 : Le contrôle de la formation du contrat d'adhésion p. 439

A - L'exigence de la connaissance du contrat d'adhésion par l'adhérent p. 440

1) La connaissance des clauses non reproduites dans le contrat de vente p. 440

2) L'exigence d'un certain formalisme p. 442

B - L'exigence de l'acceptation du contrat d'adhésion par l'adhérent p. 443

1) La reconnaissance de la manifestation expresse du refus p. 443

2) Les hypothèses d'acceptation présumée de l'adhérent p. 444

3) Le contrôle renforcé de l'acceptation de certaines clauses p. 445

TITRE II : LA SANCTION SPECIFIQUE DES FORMES PARTICULIERES DE CONTRAINTE p. 449

CHAPITRE I : LA SANCTION DES DEMARCHES AGRESSIVES A L'ACHAT p. 451

SECTION 1 : Les démarches agressives par correspondance p. 451

§ 1 : Le sens de l'interdiction de l'envoi forcé p. 453

§ 2 : Les conditions de la sanction de l'envoi forcé p. 454

A - L'absence de démarche préalable p. 454

B - L'envoi d'un objet quelconque p. 455

C - L'existence d'une correspondance annexe indiquant que l'objet doit être payé ou renvoyé p. 455

SECTION 2 : Les démarches agressives au domicile du client p. 457

§ 1 : Le domaine du contrôle du démarchage et de la vente à domicile p. 459

§ 2 : Les conditions de validité du contrat p. 460

A - La forme du contrat p. 460

B - Le délai de réflexion de l'acheteur p. 460

C - L'interdiction de recevoir paiement p. 461

§ 3 : La sanction de l'inobservation des règles légales p. 461

SECTION 3 : Les démarches agressives dans la rue ou dans des conditions inhabituelles p. 463

§ 1 : La réglementation de certains procédés agressifs de vente p. 463

A - Les ventes contrôlées par le décret du 26 novembre 1962 p. 464

1) Domaine d'application p. 464

2) Procédure d'autorisation p. 465

B - Les ventes contrôlées par le décret du 15 mai 1974 p. 466
1) Domaine du décret de 1974 p. 466
2) Procédure d'autorisation p. 467

§ 2 : L'interdiction de certains procédés de vente agressifs p. 468
A - La vente à la sauvette p. 468
B - La vente à perte p. 468

CHAPITRE II : LA SANCTION SPECIFIQUE DES ABUS DE SITUATION COMMIS PAR LE VENDEUR ENVERS L'ACQUEREUR, DANS LA VENTE COMMERCIALE p. 471

SECTION 1 : Les sanctions spécifiques de la fixation contraignante des conditions du contrat p. 474

§ 1 : Le contrôle des ventes jumelées et liées p. 474
A - Le contrôle des ventes liées par l'article 37 de l'ordonnance du 30 juin 1945 p. 475
B - Le contrôle des ventes liées par la législation antiprimes p. 476

§ 2 : Le contrôle des prix imposés et des prix conseillés p. 477
A - Le délit de prix imposé p. 478
B - Le délit de prix conseillé p. 479

SECTION 2 : La sanction du refus de satisfaire aux besoins de l'acheteur sans motif légitime p. 481

§ 1 : le fondement de la sanction du refus de contracter p. 482

§ 2 : La nature des éléments du délit de refus de vente : le refus de satisfaire à la demande de l'acheteur p. 487
A - Les caractères du refus prohibé p. 488
B - Les conditions du refus prohibé p. 490
1) La disponibilité de la marchandise p. 490
2) La conformité du refus aux usages commerciaux p. 492

§ 3 : Les exceptions à l'illicéité du refus de vente p. 493
A - Les exceptions tenant au fait de la victime p. 494

1) La demande normale p. 494

2) La mauvaise foi du demandeur p. 497

B - Les exceptions tenant à l'intérêt supérieur du consommateur : les concessions exclusives p. 499

CONCLUSION p. 507

INTRODUCTION

1 Le contrat se définissant comme un échange de consentements, la perfection du mécanisme contractuel suppose la régularité de cette rencontre des volontés. Un contractant doit, dans les limites que fixe la loi, voir respecter l'intégrité de son consentement. Sa protection suggère naturellement l'appel à la théorie des vices du consentement. La recherche de l'application de cette construction à la vente commerciale est particulièrement attirante.

2 L'intérêt peut en être souligné, en d'autres termes, par une question préalable : y a-t-il réelle application de la théorie des vices du consentement au droit commercial, ses impératifs étant suffisamment spécifiques pour présager une déformation particulière de la théorie en sa faveur ?

Les exigences de la vie des affaires sont très spécifiques et impérieuses. Elles ont une cause initiale commune : l'intensité de l'activité commerciale n'a cessé de s'accroître, traduisant le dynamisme du commerçant. Si, d'un point de vue juridique, le droit commercial est l'exception, face au droit civil tenant lieu de règle, les faits ne correspondent pas à cette affirmation : l'activité commerciale est quantitativement bien plus importante que celle régie par le droit commun (1). La situation, économiquement bénéfique, ne peut se concevoir

---

(1) - Ripert et Roblot, Traité élémentaire, t.1, 8° éd. Paris, 1974.

que si la liberté et la rapidité des transactions sont assurées mais, conséquence apparemment antinomique, cette rapidité du commerce doit être conciliée avec sa sécurité.

Le commerce va de pair avec une certaine promptitude dans la négociation qui, liée à la multiplicité des échanges, conduit à rejeter les formes trop souvent lourdes du droit civil. Cette nécessité, réelle dans les rapports contractuels, s'impose avec d'autant plus de vigueur qu'il s'y ajoute l'effet très spécifique de concurrence entre professionnels de la vente. Si le contrat demeure la technique commerciale de base, il doit nécessairement se plier à cette exigence de souplesse. Mais, contrepartie malheureuse du particularisme du droit commercial, la liberté d'action entre contractants, comme à l'égard des concurrents, crée des risques juridiques particuliers : risque d'erreur spontanée, du vendeur comme du client, qu'il soit professionnel ou profane, ne détaillant pas suffisamment son examen des conditions de l'acte ; risque, ensuite, de contrainte exercée par un contractant plus puissant que l'autre partie ou résultant des circonstances économiques conjoncturelles. A ce double danger, la situation de concurrence, quelle que soit son intensité, ajoute l'obligation pour le commerçant de déployer une grande activité dans la recherche et le maintien de sa clientèle, attitude qui, appréciée du point de vue de l'intégrité du consentement, est indissociable d'un risque d'agressivité ou, surtout, de déloyauté, de tromperie envers le client.

A ces aléas, nés de la dynamique commerciale, le commerce, lui-même, répond par une évidente volonté de sécurité résultant de l'importance des intérêts en cause. A cet égard, le droit commercial se caractérise par sa préférence pour le formalisme ou l'apparence contre la réalité, ainsi que par l'atténuation de la considération de la bonne foi ou de l'équité. Ces exemples sont autant de manifestations du privilège accordé à la volonté déclarée aux dépens de la volonté réelle, de la considération exacte de l'intégrité du consentement. La régularité objective de l'acte compte plus que l'expression réelle du consentement. Bien que n'étant pas excessive, cette tendance ne peut être ignorée car elle aboutit à déformer, en la transposant à la vie commerciale, le droit civil.

Le consentement est soumis, dans le contrat commercial à cette aggravation du risque d'erreur, de tromperie ou de contrainte de façon permanente notamment par l'effet de concurrence. Or, à cette situation défavorisée, l'exigence de sécurité des transactions paraît vouloir réduire le domaine de protection de la victime du vice du consentement.

3 L'interférence des facteurs spécifiques au monde des affaires est générale mais d'intensité variable. Il est plus probant d'en fixer l'intensité à l'occasion de la seule vente commerciale. En fait, la limitation ainsi opérée de l'étude n'est qu'apparente car cet acte présente des particularités très caractéristiques.

La vente commerciale est, sans aucun doute, de toutes les conventions, le contrat le plus courant, le plus usuel. L'interdépendance, dans un groupe social développé des personnes physiques ou des personnes morales, l'état de besoin dû à la spécialisation des tâches et à la technicité des productions, obligent pratiquement à contracter. Du producteur ou du fabricant au consommateur final, en passant par les diverses étapes de transformation, de distribution et de commercialisation du produit, la vente est le trait d'union permettant le transfert matériel des biens. Le contrat de vente correspond à l'activité essentielle du commerce et répond aux principaux besoins du public. Son omniprésence est telle que le professionnel ou le consommateur la conclut, généralement, sans même se rendre compte de l'aisance avec laquelle les solutions juridiques résolvent des rapports de droit complexes et délicats.

De cette remarque résulte le second mais aussi le plus important des traits de la vente commerciale : le contrat peut être qualifié de contrat "type", de contrat de droit commun à l'intérieur du droit commercial. Les solutions juridiques générales applicables aux contrats commerciaux se déduisent toujours à partir de l'exemple de la vente, les dispositions commerciales d'origine légale étant brèves. L'acte lui-même est économiquement au centre de toute l'activité du commerce : la production et la distribution répartissant les richesses supposent nécessairement la vente, les autres activités commerciales ne faisant, pour l'essentiel, que soutenir leur action. Il

n'est donc pas étonnant qu'une certaine doctrine ait voulu, exagérément certes, trouver le critère général de la profession commerciale dans l'idée de "circulation" des biens (2). Dans la discussion juridique, le réflexe est révélateur, c'est à la vente qu'il est sytématiquement fait référence pour l'illustration d'une quelconque disposition commerciale. Enfin, la variété des questions que peut poser le contrat le situe comme point de convergence de toutes les discussions juridiques commerciales : en effet, la vente n'est pas homogène. Les caractéristiques juridiques diffèrent selon son importance, selon la qualité, professionnel ou profane, des contractants en présence. L'esprit de la législation ou de la jurisprudence varie sensiblement en fonction de la légitimité des intérêts en cause en vertu de critères révélant de véritables préjugés. L'acte, par cette diversité, étant ainsi révélateur de l'esprit du droit des obligations appliqué au droit commercial, ce n'est pas limiter cette étude que de l'attribuer à la seule vente.

Malgré l'intérêt théorique et pratique de ce contrat, il est à noter, s'agissant de son troisième caractère, que l'acte intéresse peu la doctrine en tant que contrat commercial : la faiblesse du nombre des études générales surprend (3). Sans rechercher l'étendue exacte de la déformation du droit civil, les auteurs relèvent simplement que les règles du droit civil s'appliquent à la vente commerciale, en limitant leurs études aux règles spécifiquement commerciales du contrat, nées de la loi ou de l'usage. Aussi,est-il laconiquement admis que la théorie des vices du consentement convient telle quelle à l'erreur spontanée, à l'absence de loyauté ou à l'agressivité dans la vente commerciale,à l'exclusion de toute prise en considération de la spécifité des besoins économiques et juridiques commerciaux. Il n'est donc pas exagéré d'affirmer qu'en l'état actuel de la doctrine, l'objet de cette étude, la protection de l'intégrité du consentement

---

(2) - Thaller et Percerou, t. 1, n° 6 et 14 ; Thaller, Courte étude sur les codes de commerce, Ann. dr. com., p. 177 (1895)

(3) - Cf notamment : Bedarride, Des achats et des ventes, 2° éd. par Abram, 1909 ; Chauveau, Les ventes commerciales (J.C.L. Com.) 1939 ; Delayen, Homburg et Choteau, Des marchés commerciaux 1927 ; Hamel, La vente commerciale de marchandises, Etudes coll. 1951 ; Hémard, Les contrats commerciaux, t. 1, 1953 ; Emile Ripert, Essai sur la vente commerciale, 1875.

dans la vente commerciale, n'a pas donné lieu à des recherches spécifiques.

4 A cet égard, il est important de préciser exactement le domaine de ce thème par rapport à d'autres investigations juridiques. La matière, en effet, évoque immédiatement une tendance actuelle de la législation, fréquemment surnommée le "droit de la consommation" (4). Regroupant l'ensemble des techniques juridiques de protection du consommateur, ce droit n'est en réalité pas nouveau. Il a toujours existé des textes protégeant spécialement l'acquéreur profane mais, avec l'apparition récente du concept de consommateur et de la reconnaissance du principe de sa protection, les textes, essentiellement commerciaux, se sont multipliés, faisant naître une nouvelle branche doctrinale. La présente étude est, d'un point de vue, moins vaste puisque le droit de la consommation, qui regroupe des techniques protectrices variées, dépasse le consentement pour englober la protection des personnes non seulement dans la conclusion des contrats mais aussi dans les mesures d'exécution de l'acte ou résultant de la législation extra-contractuelle, notamment en ce qui concerne la protection de la santé ou des intérêts pécuniaires des consommateurs ou des usagers.

Par contre, le droit de la consommation est, à l'inverse, plus étroit en ce qu'il ne concerne que les relations : professionnel de la vente-consommateur et, dans ce rapport, avec un préjugé systématiquement favorable au dernier des deux contractants. La protection de l'intégrité du consentement ne peut être sectaire. Si sa nécessité est admise, elle s'applique tant aux relations entre vendeurs et consommateurs qu'aux rapports contractuels entre professionnels eux-mêmes : le risque d'erreur lié à la nature humaine est général tout comme celui de déloyauté ; quant à la contrainte, elle suppose une disproportion des contractants, il serait prétentieux d'affirmer que les relations intra-commerciales ne la connaissent pas.

---

(4) - Denise Nguyen-Thanh, Techniques juridiques de protection du consommateur ,th. Paris 1970 ; Bihl, vers un droit de la consommation, G.P. 74,2,754.

5 Le cadre de l'étude étant ainsi précisé, son originalité juridique peut être démontrée. Une question préalable en conditionne cependant l'utilité : la protection du consentement contre le vice l'affectant dans son intégrité est-elle nécessaire ?

Plaçant l'individu à la base de l'édifice juridique, l'ancienne théorie de l'autonomie de la volonté fait du contrat un mécanisme juridique parfait. La primauté reconnue à la liberté individuelle permet de le définir, simplement, comme un échange de consentements, de volontés égales et libres. Comme tel, poursuit cette doctrine, librement voulu et accepté, l'acte produit entre les parties ses effets et, pour elles, a valeur de loi : la volonté libre des individus ne peut qu'être juste. Le contrat autorise la recherche par chaque contractant de son avantage propre en fournissant un compromis entre intérêts opposés.

Déclarer l'individu obligé, lié par sa propre volonté suppose qu'il ait réellement voulu être obligé. L'hypothèse est à l'origine d'un des corollaires les plus importants de la doctrine de l'autonomie de la volonté : la théorie des vices du consentement. Or, il est remarquable que malgré la très forte contestation de la doctrine depuis le début du siècle, la théorie des vices du consentement ne soit pas critiquée dans son principe.

Les tendances sociales de la doctrine sont à l'origine de la critique du principe de l'autonomie de la volonté : dans le contrat, la volonté n'a pas le rôle exclusif que les auteurs ont voulu lui donner et doivent également être considérées l'équité, la bonne foi. La force obligatoire de l'acte, ensuite, ne résulte pas de l'autonomie de la volonté mais de sa reconnaissance légale. Mais, la reconnaissance du déclin de la liberté contractuelle a un effet positif : elle admet que l'individu n'est pas totalement libre, ni le meilleur défenseur de ses intérêts. Aussi, à l'inverse d'autres conséquences de la doctrine de l'autonomie de la volonté, la théorie des vices du consentement se trouve-t-elle confirmée actuellement.

6 Il faut y voir la reconnaissance de la primauté du contenu idéologique de cette construction. Si la perfection du mécanisme contractuel suppose sa régularité initiale, la protection du consen-

tement contre tout vice l'affectant dans son intégrité s'impose com me étant nécessaire et juste.

Juridiquement, si l'importance de la volonté a faibli, le consentement reste un élément essentiel du contrat, l'article 1108 en fait une condition de validité de la convention. Il serait paradoxal de fonder le contrat sur le consentement si celui-ci était inexistant ou faussé : la contrainte née de la force obligatoire n'est admissible que lorsque l'acte est conclu en toute volonté et en connaissance de cause. En écartant toutes considérations logiques, il est moralement et socialement choquant de permettre à un individu d'invoquer la loi pour lier, sans motif légitime, à son profit, un autre individu en tirant avantage d'une erreur, spontanée ou provoquée, ou d'une contrainte. Enfin, des facteurs économiques exigent du législateur qu'il ne se désintéresse pas de la régularité de la conclusion des conventions : quantitativement, la remarque s'impose notamment en matière commerciale. L'importance des échanges réalisés par le contrat en fait un instrument économique de premier ordre dont le bon fonctionnement, même minimum, doit être assuré, l'acte contribuant à l'ordre économique (5). Par ces divers aspects, le choix des rédacteurs du Code civil conserve toute son actualité.

7 Le droit reconnait le bien fondé de la protection de l'intégrité du consentement. "Il n'y a point de consentement valable, dispose l'article 1109 du Code, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol". L'application plus précise du principe est faite aux articles 1110, 1111 et 1116.

La règle établie à l'article 1109 du Code civil, compte tenu des impératifs de la protection du consentement, est d'application générale. La présente étude consistant dans la détermination de l'application de la théorie des vices du consentement à la vie des affaires, plus particulièrement au contrat de vente commerciale, son

---

(5) - Michel Vasseur, Un nouvel essor du concept contractuel, R.D.Civ. 64, p. 5.

utilité, au plan juridique, n'apparaît pas spontanément. En effet, le droit civil étant le droit commun, il convient, par l'effet de l'article 1107, au contrat commercial dès lors qu'aucune disposition expresse ne l'exclut. La vente commerciale ne faisant pas l'objet d'une telle exclusion doit se voir appliquer les règles générales du droit des obligations : la validité de l'acte suppose donc que le consentement des parties ne soit entaché ni d'erreur, ni de dol, ni de violence. Il faut supposer que le droit civil ne soit pas, en réalité, plaqué tel quel en droit commercial. Peut-on parler de "vices commerciaux du consentement" ?

6 Le domaine du régime spécifique de protection de l'intégrité du consentement dans le contrat commercial peut apparaître d'un point de vue historique. Une perspective évolutive en fournit la trame. L'application de la théorie des vices à la vente commerciale paraît marquer, schématiquement, trois phases. Le Code civil part d'un schéma simple et a priori complet résultant de la sanction de l'erreur, de la violence et du dol, ce dernier étant complété par l'incrimination générale de l'escroquerie. Peu à peu, la création de textes spéciaux va renforcer cette construction. La première période correspond sensiblement au 19° siècle, période d'épanouissement du libéralisme économique. L'attitude jurisprudentielle et législative est, par la puissance de la doctrine de l'autonomie de la volonté, en général, celle des rédacteurs du code et pose en principe le libre arbitre de l'individu. La stricte compréhension des vices du consentement limite considérablement le droit à l'erreur, provoquée ou surtout spontanée, tout en autorisant, comme un des aspects de la libre concurrence, une très relative morale des affaires et des pratiques contraignantes. L'anarchie de la libre concurrence démontre la fausseté du raisonnement et conduit l'Etat à en contrôler les excès. Au contrôle classique du dol et de l'escroquerie, le législateur vient ajouter tout d'abord des techniques juridiques de contrôle générales telle la loi du 1° août 1905 sur les fraudes puis, afin de répondre à des pratiques de plus en plus sophistiquées, des moyens précis et spécialisés répondant à des types donnés de déloyauté, tel l'ensemble formé par la

surveillance juridique de la qualité ou des procédés déloyaux de vente. Le tout fait apparaître le concept très particulier de déloyauté commerciale certes créateur d'un vice mais dans lequel, de façon croissante, à côté de l'erreur de la victime est considérée l'attitude de l'auteur de l'acte par rapport à la morale des affaires.

Au cours de cette deuxième phase, sans que le législateur en soit conscient, apparaissent quelques manifestations du contrôle de formes subtiles de violence que la doctrine rattache alors à la seule protection de la concurrence, tel le refus de vente ou certains procédés de sollicitation du public. Mais, depuis quelques années, la reconnaissance du particularisme du consommateur révèle le concept d'agressivité commerciale, lié plus à la crainte qu'elle engendre qu'à la déloyauté des agissements : au droit commun des obligations s'ajoute le contrôle de nombreux procédés de vente agressifs comme, par exemple, les "ventes directes" ou bien les ventes à domicile. Les deux dernières périodes se cumulent actuellement. La richesse de l'évolution ne traduit-elle pas l'importance de la question ?

9 Les interventions législatives ne doivent pas dissimuler l'action parallèle du juge qui n'a pas attendu le législateur pour s'engager dans cette voie. Toute la difficulté consiste à situer ce cadre face à une théorie des vices du consentement dont l'énoncé paraît général et complet. La double intervention législative et jurisprudentielle doit nécessairement avoir un sens : s'agit-il de compléter la vision classique de la protection du consentement ou, au contraire de l'exclure totalement, comme le ferait un texte dérogatoire, de la vente commerciale ? Quel est, a contrario le sort de la théorie des trois vices classiques face aux risques d'erreur, de déloyauté ou d'agressivité que la vie commerciale reflète particulièrement et selon des formes spécifiques ?

La détermination de cette adaptation n'est pas simple dans la mesure où les formes actuelles des vices du consentement sont de plus en plus subtiles et sophistiquées, la violence et le dol en sont des exemples frappants. Il y a plus gênant : la recherche du fondement exact de chaque technique est délicate dans la mesure où, fréquemment, il n'est pas unitaire. La protection contre l'erreur

s'insère parfaitement dans un système de protection de l'intégrité du consentement, il n'en est pas de même de la contrainte ou de la déloyauté qui s'opposent à la première par leur contenu délictuel : est-il question de protéger la victime du vice ou de punir celui qui l'a provoqué ? Les deux tendances, non contradictoires, coexistent souvent à l'occasion d'une même technique juridique. Leur proportion relative doit être fixée.

Les vues classiques sont, enfin, modifiées par l'interférence systématique de la concurrence. Si celle-ci se conçoit comme la lutte pour attirer et conserver à soi la clientèle, il ne peut être question d'en limiter la législation à la fixation des droits et obligations du commerçant à l'égard de ses concurrents : "D'un autre côté, souligne M. Vasseur (6), indépendamment de la lutte pour le client que se livrent les commerçants entre eux, existe une autre lutte qui tend à opposer le commerçant et le client "Concurrence et protection de la volonté ont alors un domaine commun dont l'étendue doit être délimitée, parfois de façon quelque peu délicate. L'établissement d'un système de protection du consentement dans la vente commerciale suppose donc l'élargissement de sa conception à des techniques qui, bien que concurrentielles, ont pour dominante non pas uniquement la loyauté et la liberté du commerce mais aussi la considération du consentement du contractant, notamment par la prévention du risque de déloyauté : la sanction de l'attitude de mauvaise foi vient soutenir la protection contre le vice.

10 L'ampleur de la tâche est évidente et ne peut être probante que si des limites nécessaires lui sont apportées. Pour cette raison, l'étude se borne à la protection de l'intégrité du consentement dans la vente commerciale de meubles corporels, à l'exclusion notamment de la cession des droits de propriété industrielle, de titres de bourse, de la vente de fonds de commerce. Le domaine choisi est suffisamment vaste et caractéristique pour permettre d'en tirer des conclusions utiles.

(6) Droit commercial, Cours, 1974-75, fasc. IV, p. 311.

Dans ce cadre, l'étude reste générale, concernant le consentement de quelque personne qu'il émane. La qualité des parties n'important pas, le contractant peut être une personne physique ou une personne morale. La doctrine raisonne toujours en appliquant la théorie des vices du consentement à des personnes physiques. Or, la plus grande part des ventes commerciales fait intervenir une société. Juridiquement, la personne morale est représentée au contrat par une personne physique. Au cours de ces développements, les règles de la représentation doivent être appliquées : le vice est apprécié dans la personne du représentant mais affecte le consentement du représenté.

11 Ainsi fixé, le domaine de l'étude présente une variété dont le consentement fixe l'homogénéité. La vente commerciale fait apparaître trois catégories de risques contre l'intégrité du consentement, spécifiques à la vie des affaires : erreur, déloyauté et contrainte, chacun d'eux étant particulier dans son domaine. A des situations aussi précises, le droit civil répond en offrant une solution générale : la sanction des trois vices du consentement : erreur, dol et violence. Dans quelle mesure, compte tenu de l'état de la législation et de la jurisprudence, ce cadre est-il adapté à l'impérieuse exigence de la protection de l'intégrité du consentement dans un contrat commercial telle la vente ?

La méthode de détermination de cette adéquation doit nécessairement souligner les interférences existant entre les trois catégories de risques du consentement en matière commerciale mais, compte tenu de leur spécificité, s'effectue isolément pour chacun d'eux.

Une première partie doit démontrer dans quelle mesure l'erreur spontanée est sanctionnée ou évitée dans la vente commerciale.

Complémentairement, l'intégrité du consentement doit être assurée par la protection contre la déloyauté, créatrice d'erreur dans la conclusion du contrat.

La troisième partie est consacrée à la sauvegarde contre la contrainte dans la conclusion de l'acte, complétant ainsi le triptyque formant le système juridique de protection de l'intégrité du consentement dans la vente commerciale.

PREMIERE PARTIE

LA PROTECTION CONTRE L'ERREUR

DANS LA VENTE COMMERCIALE

12 Il est certainement un vice dont la fréquence à atteindre le consentement est remarquable : il s'agit de l'erreur. Le terme est largement utilisé, tant par les auteurs que les particuliers. Cependant, le contenu de cette notion ne revêt pas, à l'examen, une totale clarté. D'une part, la loi elle-même ne définit pas l'erreur, d'autre part, ce concept ne reçoit pas de définition juridique précise et uniforme en doctrine : les formules ne manquent pas (1) et cette variété nuit à la certitude du concept. En réalité, l'idée sous-jacente reste toujours celle "d'opinion contraire à la réalité" (2), expression qui recouvre d'ailleurs le sens donné couramment à ce terme. Une conclusion d'évidence s'impose à l'esprit : ces définitions sont juridiquement trop vagues. Cet aspect ne saurait cependant étonner. Il est la conséquence directe du caractère protéiforme de l'erreur. Celle-ci, en effet, s'extériorise de manière très variée dans le contrat : variété quant à l'objet de la vente qui n'est limitée que par la nature des biens échangés mais, aussi, variété quant aux

---

(1) - Pothier "L'erreur consiste à prendre pour vrai ce qui est faux" ; Jacques Ghestin "L'erreur consiste à croire vrai ce qui est faux ou faux ce qui est vrai", la notion d'erreur dans le droit positif actuel, th, Paris 1971, p. 1 ; Charles Sauvage "L'erreur est une croyance non conforme à la vérité qui atteint la volonté même", J.C.L. com. Ventes commerciales, fasc. 8, n° 5 ; Boris Starck "Lors de la conclusion du contrat, l'un des contractants s'est trompé sur l'un des éléments du contrat", Obligations, 1972, n°1315.

(2) Mazeaud, Obligations, t. II par de Juglart, Paris 1973, 5° éd. n° 161, p. 138.

formes juridiques qu'il s'agisse d'une erreur sur la substance de l'objet du contrat, la personne du cocontractant, sur la cause de la convention...
Variété, enfin, quant aux cocontractants : les hypothèses ainsi que les solutions varient selon que la vente s'effectue entre professionnels du commerce, entre particuliers ou entre un particulier et un commerçant. Il est donc nécessaire de délimiter, avec une précision relative, le dômaine de l'erreur étudiée.

Les catégories sont nombreuses et chacune constitue une atteinte objective à la pureté de l'accord contractuel. L'étude de la protection de l'intégrité du consentement se situe au plan individuel, c'est-à-dire considérée du côté où l'erreur, fait psychologique, produit ses conséquences dommageables sur la volonté. Le principe de condamnation de l'erreur, supposé acquis, conduit, a priori, à tenter d'éliminer toute forme d'erreur, quitte à admettre, dans une seconde phase, un motif supérieur qui atténuerait voire supprimerait, en certaines hypothèses, cette position de principe.

Le raisonnement a pour corollaire une conception large de l'erreur, notion qui rejoint et dépasse le sens commun qui lui est habituellement donné. La définition juridique de l'erreur est non seulement inutile mais gênante. Inutile car il ne peut en être établi une formulation précise ce qui empêche d'en déduire des conclusions juridiques. Gênante en ce qu'elle fixerait un état du droit donc nuirait à la souplesse nécessaire du concept. Aussi, plutôt qu'une définition, il est préférable d'en donner l'idée générale, idée qui guidera les développements de cette première partie.

Dans le traité des contrats commerciaux d'Escarra et Rault, M. Hémard en souligne l'essentiel lorsqu'il dit (3) : "l'erreur consiste, pour l'acquéreur, à recevoir une marchandise autre ou présentant des qualités substantielles différentes de celles qu'il voulait acheter". La caractéristique de l'erreur consiste principalement à ne pas recevoir ce que le contractant a voulu. La formulation

(3) - Escarra et Rault par Jean Hémard, Les contrats commerciaux, t. II, 1953, p. 73.

certes brutale résulte du titre de cette étude qui impose de se placer au plan du contractant à protéger : la victime de l'erreur. Il y aura erreur lorsque celui-ci n'aura pas reçu de la vente ce qu'il en attendait, cette fausse opinion ne résultant pas d'une pression extérieure.
Cette solution se rapproche de la conclusion tirée par Saleilles (4) pour lequel l'erreur apparaît lorsqu'il y a "défaut de concordance entre la volonté vraie, donc la volonté interne, et la volonté déclarée". La position du problème au plan de la volonté interne a des conséquences certaines quant au régime de l'erreur.

13 Ces développements n'ont pas pour objectif premier une étude descriptive de l'erreur dans la vente commerciale mais la recherche des diverses techniques de protection contre celle-ci. A priori et cela semble une évidence, elle paraît relever essentiellement de la théorie des vices du consentement. Le contenu et la valeur de ce système sont donc utiles à déterminer (titre 1°) ; mais cette défense s'organise également autour d'autres techniques qui interviennent, chronologiquement, à des périodes variables. Elles peuvent être regroupées en deux grands types de procédés selon qu'elles sont préventives de l'erreur (titre 2) ou qu'elles visent la protection de l'erreur se révélant lors de l'exécution du contrat (titre 3).

---

(4) - La déclaration de volonté, Paris 1901, art. 1119 n° 1.

TITRE I - LA PROTECTION CONTRE L'ERREUR PAR LA THEORIE DES VICES DU CONSENTEMENT.

14 Il paraît légitime d'invoquer immédiatement la théorie des vices du consentement afin de sanctionner une erreur affectant une vente. Mais, une difficulté doit préalablement être résolue car sa solution conditionne cette recherche : l'erreur doit-elle être sanctionnée ? La question peut surprendre mais sa réponse n'est pas évidente. Dans notre système juridique, le consensualisme veut que l'essence du contrat soit constituée par le consentement. De cette idée essentielle, il résulte que tout dommage causé au consentement, dans son existence ou son intégrité, constitue une atteinte intolérable au contrat et ne peut être admise sans en détruire la structure.

L'admission d'un "droit à l'erreur" peut également être trouvée dans l'évolution historique de la notion d'erreur (5). Elle présente l'avantage d'expliquer les solutions actuelles, aussi, convient-il d'en décrire les principales tendances. L'évolution de l'incidence de l'erreur est liée au consensualisme car elle ne devient une cause de nullité qu'avec les premiers contrats consensuels. C'est pour cette raison que le droit romain attaché tout d'abord au formalisme, ne lui réserve pas de place. Seuls certains contrats la voient apparaître de façon isolée. Ce n'est qu'à compter du 11° siècle qu'elle est étudiée en tant que fait psychologique, "l'erreur juste" étant alors admise juridiquement. Après l'oubli de cette théorie durant la période barbare, le droit coutumier voit apparaître une véritable doctrine "de la force et de la tricherie" (6). L'oeuvre des canonistes permet, après le 12° siècle, le développement

---

(5) - Sur l'historique : Ghestin, th. préc. n° 9 ; Memin, Les vices du consentement dans les contrats de notre ancien droit, Paris 1926.

(6) - Ghestin, th. préc. n° 11.

du principe du consensualisme. Il est alors admis que l'obligation naît de la volonté à condition de posséder une cause. L'erreur aurait dû logiquement pénétrer le droit mais les praticiens sont si attachés à la stabilité des conventions qu'elle n'est sanctionnée qu'indirectement par la lésion ou le dol. Le contenu précis de la théorie est l'oeuvre de Dumoulin et Domat qui retiennent l'erreur atteignant la cause de l'obligation. Pothier tire toutes les conséquences du consensualisme en proclamant (7) que l'erreur "est le plus grand vice des conventions car les conventions sont formées par le consentement des parties, et il ne peut y avoir de consentement lorsque les parties ont erré sur l'objet de cette convention". A l'époque, ces enseignements sont restés au seul plan doctrinal car le souci judiciaire de stabilité des conventions leur a retiré tout effet pratique. En résumé, et quant à l'objet de cette étude, l'erreur, initialement conçue comme un délit civil et admise dans cette seule limite devient, peu à peu, un vice du consentement. Les rédacteurs du code civil, suivant la théorie de l'autonomie de la volonté, auraient dû retenir toute erreur dès lors que celle-ci avait déterminé le consentement, interprétation résultant d'ailleurs du texte même de l'article 1109 du code civil. Le souci de stabilité du contrat s'ajoutant à la méfiance de l'arbitraire judiciaire les a conduits à une solution restrictive : les erreurs retenues comme cause de nullité sont limitées.

15 Du texte même de la loi, il résulte une première et grave insuffisance de cette théorie, faiblesse héritée de l'histoire et des nécessités du commerce. Elle ne doit pas être exagérée comme le soulignent MM. Mazeaud (8), car "les tribunaux, mus par le désir de moraliser le contrat, ont vite malmené les textes du code civil, s'arrogeant un grand pouvoir de contrôle et prononçant la nullité du contrat par vice du consentement hors des limites étroites tracées par le législateur". L'existence et la nécessité de ces barrières ont conduit certains auteurs à renverser la question. Plutôt que de s'interroger

(7) - Pothier, Obligations, n° 17.
(8) - Obligations, n° 159.

ainsi : faut il admettre la sanction de toute erreur dans le contrat ? ils préfèrent l'institutionnaliser allant jusqu'à affirmer (9) que "l'une des parties se trompe toujours quand elle donne son consentement, la situation exacte n'est jamais parfaitement connue". Aussi quand bien même le contenu de l'obligation de renseigner son partenaire pourrait être maximum, l'erreur serait-elle tout de même concevable, ne serait-ce que pour des raisons pratiques. L'erreur, fait psychologique, constitue toujours une atteinte à l'intégrité du consentement mais sa sanction pouvant léser un intérêt légitime, la protection individuelle est parfois sacrifiée aux nécessités de la vie commerciale.

La conception limitative de l'erreur conduit à n'en admettre que certaines catégories (chapitre 1°) soumises à un régime juridique précis (chapitre 2) mais cette théorie comporte des limites qu'il convient de tracer (chapitre 3).

---

(9) - Mazeaud par de Juglart, 5° éd n° 161, p. 140.

CHAPITRE I - LES FORMES ET LES CATEGORIES D'ERREURS, VICES DU CONSENTEMENT, DANS LA VENTE COMMERCIALE.

16 L'article 1110 du code civil établit la conception juridique de l'erreur en disposant : "L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet.

Elle n'est point une cause de nullité, lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a intention de contracter, à moins que la considération de cette personne soit la cause principale de la convention".

Les catégories d'erreurs semblent ainsi bien définies. Mais, pour des raisons diverses, ce texte n'est pas ressenti par la jurisprudence et la doctrine avec la même sensibilité qu'en matière civile. La classification peut se faire différemment dans la vie des affaires entre "erreurs admises", c'est-à-dire causes éventuelles de nullité du contrat, et "erreurs indifférentes".

17 Auparavant un souci de précision terminologique impose d'examiner ce qu'il advient, dans ce contrat, de l'erreur dite "erreur obstacle". Sans insister sur cette trop célèbre notion, quels en sont les traits ? Si pour l'erreur, vice du consentement, le consentement existe, l'erreur obstacle le détruit, l'atteint dans son existence. L'un de ces éléments constitutifs du contrat est absent. Le contrat, juridiquement et dans la logique des auteurs classiques (10), est incomplet ; la sanction est donc énergique : nullité absolue. Cette doctrine a pu ainsi classer les décisions judiciaires en erreurs sur la nature du contrat, erreurs sur son objet et erreurs sur la cause

(10) - Baudry Lacantinerie, traité théorique et pratique de droit civil, t. I, 3° éd.,1905, n° 52, p. 80 ; Beudant, Cours de droit civil français, 1934-1953, t. XI, n° 99 ; Ripert et Boulanger, traité de droit civil, t. 2, 1957, n° 152 ; Mazeaud, Obligations,n° 161.

de la convention.

Face à une doctrine presque unanime, la jurisprudence et la doctrine modernes tendent à écarter cette distinction, par ailleurs critiquable.La jurisprudence a, en effet, une conception large et extensive de la notion d'erreur substantielle ce qui lui permet d'y englober ces cas de "dialogue de sourds", selon l'expression de MM. Mazeaud. Dès lors qu'est admis le caractère déterminant de l'erreur, elle est substantielle. Malgré ce mouvement, la notion reste envisagée et étudiée théoriquement. Cette attitude n'est pas sans influencer certains juges, alimentant ainsi une jurisprudence rare mais révélatrice. Dans le domaine plus particulier de la vente, la jurisprudence ne témoigne que peu d'originalité. L'erreur sur la nature du contrat est pratiquement hypothèse d'école (11), l'erreur sur la cause est relevée à l'occasion d'erreurs sur la substance (12) aussi, le cas le plus fréquent est-il celui de l'erreur sur l'objet du contrat (13).

Seuls quelques cas limités peuvent se prévaloir du qualificatif d'erreur obstacle dans la vente commerciale. Ce concept est de peu d'utilité. L'essentiel de la protection résulte avant tout des cas légaux.

---

(11) - Contra : Poitiers 14 avril 1970, D. 1970 - 536, note Calais-Auloy ; Pothier cite cependant l'exemple suivant "Si quelqu'un entend me vendre une chose et que j'entende la recevoir à titre de prêt, ou par présent, il n'y a, en ce cas, ni vente, ni prêt, ni donation", Obligations, p. 17.

(12) - Sur les liens entre l'art. 1110 et 1131 : Carbonnier, op. cit. n° 102 ; Starck n° 1336 ; Ghestin, th. préc. n° 212 s. et n° 237.

(13) - Ventes d'immeubles : Paris 8 juillet 1966, G.P. 1967, 1, 33. Rev. soc. 1967, 30. R.D.Civ. 1967, p. 382, note Chevallier ; Civ. 3°, 22 novembre 1968, Bull. II, n° 493 ; confusion entre anciens et nouveaux francs : Com. 14 janvier 1969, D. 1970, 1. 458, note Pédamon. G.P. 1969, 1, 205. Bull. IV, p. 13. R.D. Civ. 1971, p. 625 ; le juge relève également, de façon plus subtile, l'erreur obstacle en parlant d'un "malentendu fondamental" : Civ. 1° 28 novembre 1973, G.P. 1974, 1, Som. 3. D. 1975, 1. 21, note Rodière.

SECTION 1 - Les erreurs admises dans la vente commerciale : les erreurs sur la substance.

18 La vente commerciale ayant pour objet un meuble, généralement corporel, l'erreur sur la substance paraît, avec raison, être le type même d'erreur qui peut la vicier. Aussi, avant de dresser un tableau précis de la jurisprudence relative à l'erreur sur la substance dans la vente commerciale, est-il utile de souligner les caractéristiques de ce concept.

§ 1 : Le concept d'erreur sur la substance.

19 Le concept se caractérise, surtout, par son évolution marquée, de façon très schématique, par le passage d'une conception objective de la substance, considérée comme la matière de la chose du contrat, à une conception subjective, c'est-à-dire à la notion "d'erreur substantielle" portant sur les qualités de la chose elle-même. Quel peut-être l'intérêt du choix entre l'une ou l'autre solution ? Dans la conception objective, la substance est envisagée matériellement, elle concerne les propriétés définissant spécifiquement le bien. La théorie conduit, bien évidemment, à limiter le contenu de la substance, donc le domaine de l'erreur source de nullité. La conception subjective, qui rallie doctrine et jurisprudence actuelles est, à cet égard, plus large puisque l'erreur retenue est celle qui influence la volonté du contractant : l'erreur déterminante est toute erreur sur les qualités essentielles de la chose vendue. Cette liaison de l'erreur à la volonté, solution plus individualiste, permet une plus vaste et plus exacte protection du consentement. Un choix est nécessaire et Gaudemet résume bien les intérêts et les difficultés de l'alternative (14) lorsqu'il montre que "le premier système a l'avantage de permettre une formule nette, indépendante des variations de la volonté individuelle, qui sera source de sécurité ; il a l'inconvénient de sacrifier la volonté et d'exposer à des surprises possibles. Le second système a les avantages et inconvénients inverses".

---

(14) - Traité des obligations, 2° éd. Paris 1965, p. 57.

Cette évolution, bien que très nette, a été lente. Sans prétendre en faire une étude exhaustive, il convient d'en indiquer les grands traits, caractéristiques qui expliquent bien des aspects de son régime actuel. L'erreur sur la substance, apparue tardivement, est initialement conçue de façon restrictive puisque la substance était la matière de la chose ce qui est le type même du choix objectif de l'erreur (15). Cette forme d'appréciation de l'erreur reste essentielle. Avec le consensualisme, la théorie de l'erreur retrouve, au 17° siècle, une certaine autonomie ; pour la première fois, la recherche de l'influence exercée par l'erreur sur le consentement est faite (16). L'oeuvre de Pothier est primordiale, celui-ci affirme ainsi (17) : "L'erreur annule la convention lorsqu'elle tombe sur la qualité de la chose que les contractants ont eu principalement en vue et qui fait la substance de cette chose". L'influence du droit romain reste prépondérante en pratique.

Les rédacteurs du code semblent, eux-mêmes, imprégnés des idées romaines puisque le critère objectif paraît se dégager à la lecture du premier alinéa de l'article 1110 du code civil, notamment par la reprise de l'ancienne formule "erreur sur la substance". Les travaux préparatoires montrent, en fait, l'intention du législateur d'élargir cette conception (18). La jurisprudence n'hésite donc pas à écarter l'interprétation littérale qui aurait été par trop opposée aux nécessités de la protection individuelle,malgré les impératifs du traditionnel souci de stabilité juridique.

L'idée se fait rapidement que la substance de la chose ne peut être assimilée à sa matière. Elle peut, en réalité, porter sur un ensemble de qualités qui prend bientôt le nom "d'erreurs

---

(15) - Seuls certains vices concernant des ventes particulières (ventes d'esclaves et d'animaux dont les Romains suspectaient la moralité et la régularité, ce qui rappelle les solutions actuelles relatives aux vices cachés dans les ventes d'animaux) qui rendaient, après la vente, la chose impropre à l'usage envisagé, permettaient de résoudre la vente. Ces vices furent étendus à toutes les ventes mais le principe de l'appréciation objective de l'erreur restait essentiel.

(16) - Domat, Lois civiles, n° 8, p. 237.

(17) Op. cit., n° 17.

(18) Obs. Mazeaud, t. II, n° 159.

substantielles"(19) puis de "qualités substantielles". Cette terminologie s'accompagne, bien sûr, de l'élargissement du concept de substance. Pour l'école qualifiée d'objective (20), ces qualités sont celles qui permettent de classer la chose dans sa catégorie naturelle.

Aubry et Rau atténuent cette théorie rigide en y introduisant l'idée d'une recherche de l'influence de l'erreur sur la volonté. Ces qualités restent définies par rapport à l'opinion générale mais l'idée de base qui lie l'erreur à la volonté est primordiale. La doctrine puis la jurisprudence actuelles ont rallié cette position.

20 L'annulation pour erreur sur la substance est conditionnée par le rôle de ce vice sur la volonté. Il convient désormais de fixer cette notion telle qu'elle appartient au droit positif, recherche qui se modifie face aux nécessités et caractéristiques du contrat étudié. Cette définition ne peut s'établir qu'à la lumière des enseignements de la jurisprudence car celle-ci n'a eu de cesse d'élargir et de préciser ce concept. Un relevé systématique des décisions récentes et actuelles autorise la définition précise de la substance de la chose du contrat, permettant d'établir des conclusions sur l'étendue de cette protection.

Quelle signification le juge donne-t-il au mot substance ? "Le mot substance selon M. Ghestin (21), et l'adjectif substantiel qui en a été déduit, n'ont plus guère aujourd'hui de signification précise. L'erreur est substantielle lorsqu'elle autorise l'annulation du contrat. Il s'agit d'une étiquette commode, mais cette formule ne peut plus être d'aucun secours pour préciser les limites dans lesquelles l'erreur doit être prise en considération". Malgré cette conclusion désabusée de l'auteur, la recherche d'une définition objective de la substance a une valeur certaine car elle permet de délimiter l'étendue de la protection accordée par la théorie de l'erreur, vice du consentement, à la volonté individuelle. La sécurité juridique

---

(19) - La Cour de Cassation emploie l'expression le 9 juin 1830 mais ce n'est que le 13 mai 1865 que la Cour de Paris parle de "qualités substantielles".

(20) - Demolombe, Demontes, Marcadé, Huc.

(21) - Op. cit. n° 41.

gagne beaucoup à ce qu'un contenu stable de la substance, même minima soit délimité. Cette recherche est malheureusement délicate du fait de l'adoption d'une conception subjective de l'erreur : il n'y a pas erreur sur la substance mais erreur substantielle ; l'erreur n'est donc appréciée qu'en fonction de son influence sur le consentement (22). Cette condition est nécessaire. M. Charles Sauvage la résume ainsi (23) : "pour apprécier le caractère substantiel des qualités de la chose vendue, il faut la considérer subjectivement, par rapport à la partie qui se prétend victime de l'erreur et voir si cette qualité, qui fait défaut aujourd'hui, a été la cause déterminante du contrat ; ce sera une question de fait..." L'étude du domaine de l'erreur sur la substance s'effectue donc en tenant constamment compte d'une des conditions générales de l'erreur, son caractère déterminant. Sous cette réserve, la définition de la substance devrait autoriser une large protection individuelle. Le juge respecte-t-il cet objectif ?

§ 2 : Les applications jurisprudentielles de l'erreur sur la substance.

L'erreur sur la chose elle-même ne soulève que peu de difficultés et les décisions peuvent être classées en deux catégories selon que l'erreur porte sur la matière de la chose ou sur son aptitude.

21 #### A - La substance, matière de la chose.

La matière de la chose, telle qu'elle est retenue dans cette étude, est une notion au contenu large mais le vice y atteint directement l'objet de la vente. La notion de substance s'apprécie par référence principale au bien. La qualité substantielle est celle que

---

(22) - Philippe Malaurie, J.C.L. civ., art. 1110, n° 18 s.
(23) - J.C.L. com, Ventes commerciales, fasc. VIII, n° 34, p. 5.

la chose doit normalement posséder. L'erreur, dans ce cas, même unilatérale, peut être retenue si elle a un caractère substantiel pour un contractant normal. La forme de cette erreur peut consister en une erreur sur la matière physique de la chose c'est-à-dire sur une qualité physique de cette chose et non sur la nature de cette matière auquel cas il y aurait erreur obstacle (24). L'erreur peut,ensuite, s'analyser en une erreur sur la "manière" de cette chose, c'est-à-dire sur sa façon objective d'être, variété plus subtile de la matière et faisant déjà appel à une appréciation personnelle des qualités. Les hypothèses varient à l'infini et le contenu de la substance dépend de la nature de la chose vendue.Les décisions les plus hétéroclites peuvent être citées (25). Des conclusions pertinentes sont cependant à déduire de l'étude de deux grands types d'objets de l'erreur. Il s'agit des objets d'art, anciens ou actuels,ainsi que des véhicules, neufs ou d'occasion. La fréquence relative des décisions, en la matière, frappe l'observa-

---

(24) - Sur la substance matière : Civ. 1° 11 octobre 1966, D. 67, Som. 102 à l'occasion de la vente de semences non conformes ; Civ. 1° 28 novembre 1973, op. cit.

(25) - I Pour une définition de la matière de la chose : Req. 5 novembre 1929, D.H. 29, p. 539 (perles de culture non naturelles) ; Req. 13 janvier 1864, D. 1864, 1, 162 (vente d'un objet d'or d'un titrage moins élevé que souhaité) ; T. Com. Marseille 9 novembre 1950, Rev. dr. franç. comm. mar. et fiscal 1951, 3, Rec. 51, p. 339, n° 8 (amidon de riz défectueux attaqué par les insectes au lieu de manioc pur) ; Com. 4 novembre 1964, Bull. IV n° 479 (vente d'un électrophone) ; Civ. 1° 11 octobre 1966, op. cit ; Douai 1° juin 1967, op. cit. ; T.G.I. Seine 14 octobre 1964, D. 75, Som. 30 ; II sur la matière de la chose conçue comme substance : Civ 1° 10 juin 1964, Bull. I n° 313 (table de radiologie ne présentant pas les caractéristiques du modèle voulu) ; T.G.I. Paris 6 décembre 1968, D. 69, J. 595. R.D.Civ. 1970, p. 163 (nouveauté de livres souscrits) ; Civ. 1° 3 mai 1973, J.C.P. 73, IV, 221 (caractère increvable de pneumatique d'un véhicule) ; Com. 4 juillet 1973, D. 73, IR 204. Bull. 73, IV, 216, n° 238 (tissu d'habillement livré au lieu de tissu d'ameublement), III, en ce qui concerne plus spécialement la vente de fonds de commerce, il faut noter la tendance à admettre plus largement la substance. L'erreur sur l'importance de la clientèle est une erreur sur les qualités substantielles : Paris 22 décembre 1900, G.P. 1920, 2, 118. Cependant, le juge n'y admet, comme cause de nullité, que les vices de conception et non de fabrication : Com. 2 juillet 1968, Bull. IV, n° 214.

teur (26). Il est alors souhaitable de s'attacher à ces deux formes d'erreurs pour lesquelles le nombre des décisions permet des solutions plus sûres, ne serait-ce que pour des raisons statistiques.

1) Erreur sur la substance et vente d'oeuvres d'art :

22 Dans la vente d'objets d'art, une jurisprudence ancienne et constante considère l'âge du bien comme une de ses qualités substantielles, celui-ci, en effet, est le motif déterminant et principal du contrat dans l'esprit de l'acheteur. Les critères d'appréciation de ce caractère déterminant seront appréciés en leur temps (27) mais d'ores et déjà, la portée donnée par le juge au prix payé par l'acheteur est à souligner comme révélant l'importance attachée par ce cocontractant au caractère artistique de la chose.

Cette conception protectrice de l'acquéreur doit être approuvée tant en équité que juridiquement. L'authenticité d'une oeuvre, son ancienneté sont des qualités propres à la chose elle-même et s'y rattachant de façon objective, en dehors de toute appréciation personnelle. Ce caractère explique la liaison de la théorie de l'erreur avec celle des vices cachés de la chose vendue (28). Comme le remarque fort justement Gaudemet (29) : "Je crois acheter un tableau de Rembrandt, j'achète une copie, l'erreur est substantielle ; les originaux et les copies forment, d'après la commune opinion du commerce, deux catégories bien distinctes". Ici, à nouveau, apparaît la dualité naturelle de l'erreur sur la substance. De façon objective, le caractère d'oeuvre d'art tenant à l'authenticité ou l'ancienneté peut constituer une qualité substantielle puisqu'il se rattache directement à la matière de la chose. Mais, par ailleurs,

---

(26) - Etudes spécifiques : Marthe Fournier, De la protection des parties dans les ventes d'antiquités et d'objets d'art, Dijon 1936 ; Gérald Lévy, Recherches sur quelques aspects de la garantie des vices cachés dans la vente des véhicules neufs et d'occasion, R.D.Civ. 1970, 1.

(27) Infra, n° 45 s.

(28) - Infra, n° 180 s.

(29) Op. cit, p. 61.

le demandeur doit démontrer que cet élément a pour lui un caractère substantiel et déterminant (30). Aussi, ne faut-il pas s'étonner qu'ici, plus que jamais, l'authenticité, selon les circonstances, soit ou non déclarée qualité substantielle.

La conséquence malheureuse est l'impossibilité d'une définition stable et précise de la substance, incertitude néfaste à la stabilité contractuelle. Sous cette dernière condition, ont ainsi été déclarées qualités substantielles : l'authenticité du nom du peintre (31), de tableaux (32) ou plus généralement, d'objets d'art (33) ainsi que l'ancienneté de meubles (34) ou d'antiqui-

---

(30) - Mme Fournier, dans cette matière bien précise, en tire les mêmes conclusions, "De la protection des parties dans les ventes d'antiquités et d'objets d'art", p. 45.

(31) - Paris 29 mars 1856 D 56, 2, 175 ; Paris 18 juin 1875 D 76,2,62 ; Paris 19 janvier 1898 sous Cass. 25 juillet 1900 D 1904, 1, 611 ; Récemment : T.G.I. Paris 13 décembre 1972 D 73 J 410 note Jacques Ghestin et Philippe Malinvaud - J.C.P. 1973 II 17377 note Raymond Lindon (tableau faussement attribué à l'école de Carrache).

(32) - T.G.I. Paris 21 juillet 1925 D.H. 25, 690 ; Paris 22 février 1950 D 50, 269 ; même dans une vente publique : Paris 12 février 1954 D 54, 337 ; Civ. 1° 16 décembre 1964 D 65 J 136 - G.P. 1965, 1, 251 - J.C.P. 1965 IV 11 ; Civ. 1° 26 mai 1965 Bull. I n° 347 ; Paris 30 novembre 1967 D 68 Som. 65 ; Com. 20 octobre 1970 J.C.P. 71 II 16916 - R.D.Civ. 1971 p. 131 note Loussouarn - Defrenois 1971, note J.L. Aubert, p. 582 - Rec. gén. lois 1971, 454 note Nicolas Jacob - G.P. 1971, 1, 27 ; Civ. 1° 26 janvier 1972 D 72 J 517 - J.C.P. 72 II 17065 - Bull. I n° 27 - R.D.Civ. 1973, 768 ; Pour des tableaux faussement attribués : Paris 16 mai 1890 D.P. 92, 1, 409 (tableau de Marat dans sa baignoire faussement attribué à David) ; Paris 22 février 1950 D 50, 269 (toile faussement attribuée à Rubens) ; Paris 12 février 1954 D 54, 337.

(33) - Cass. 31 décembre 1901 S 1902, 1, 399 (vente de manuscrits faussement attribués à Saint Simon).

(34) - Paris 1° décembre 1875 S 77,2,325 ; Paris 14 décembre 1882 S 83, 2, 69 ; Agen 30 avril 1884 sous Cass. 26 octobre 1886 S 87, 1, 153 ; Paris 5 mars 1890 S 90, 2, 133 ; Bordeaux 13 novembre 1905 S 1908, 2, 387 ; T.G.I. Seine 14 mars 1914 Gaz. Trib. 1915, 1, 388; Dijon 21 décembre 1964 J.C.P. 1965 IV 104 - T. com. Le Havre 7 novembre 1967 - Recueil du Havre 1968, 1, 42 ; Civ. 1° 23 février 1970 J.C.P. 1970 II 16347 note PA - G.P. 1970, 1, 341 - Bull. 1970, 1, p. 52 n° 66 - R.D.civ. 1970, p. 751 note Loussouarn D 1970, p. 604 (vente de bergères reconstituées à l'aide d'éléments d'époque).

tés ! (35), le caractère généralement artistique du bien. Cette jurisprudence est donc extensive et protectrice. Les décisions précitées se maintiennent cependant dans une ligne juridique orthodoxe car elles se rattachent directement à ce qui peut être défini comme la "substance physique" de la chose mais la jurisprudence récente tend à des développements plus audacieux.

23 L'extension jurisprudentielle concerne la "manière" de la chose, c'est-à-dire sa façon d'être, la forme particulière de l'extérieur d'un objet. L'arrêt de la 1° Chambre Civile de la Cour de Cassation du 23 février 1970 (36) est caractéristique à cet égard. Le sieur Chalom acquiert des époux Lievre-Aubin, dans une vente aux enchères publiques, deux sièges présentés au catalogue comme étant deux "marquises" Louis XV. Après décapage, un expert constate qu'il s'agit en réalité de deux "bergères", habilement reconstituées à l'aide d'éléments d'époque. La Cour Suprême admet le raisonnement de la Cour d'Appel qui constate que "l'erreur sur la substance s'entend non seulement de celle qui porte sur la matière dont la chose est composée mais aussi de celle qui a trait aux qualités substantielles d'authenticité et d'origine "et" retient que la qualité substantielle sans laquelle Chalom n'aurait pas acheté s'applique à leur caractère de marquise de l'époque annoncée". Malgré le caractère ancien de la matière, l'erreur doit être admise. Le rapprochement de cette décision d'un ancien arrêt de la Cour de Lyon est tentant. Le juge y déclare en effet, "qu'une oeuvre d'art ne perd pas nécessairement son caractère authentique dès qu'elle n'est pas exclusivement de la main du maître" (37). L'erreur porte non sur l'ancienneté mais le

---

(35) - Lyon 18 mars 1931 D 33, 2, 25 note Waline ; Cass. 31 décembre 1901, préc. . ; Civ. 1° 25 janvier 1985 D 85 J 217 - G.P. 1985, 1, 251 - Bull. 85 I n° 76 ; L'erreur annulable doit, cependant, être "connue", d'où l'exclusion de l'erreur sur le personnage représenté sur un tableau comme erreur sur un simple motif : Trib. Paix Nantes 23 janvier 1947 D. 47, 220 ; croyance erronée que le tableau vendu, peint par Delacroix, avait orné la chambre de l'artiste : T. civ. Seine 8 décembre 1950 D 51, 50 .

(36) - préc.

(37) - Lyon 26 mars 1936 G.P. 1936, 1, 775.

caractère de "marquise". Comme le signale fort justement M. Etesse (38), les deux formes d'erreurs, matière ou manière, coexistent actuellement, mais qu'en aurait-il été si ces meubles avaient été fabriqués pour partie avec du matériau ancien et pour partie avec du moderne ?

Cette jurisprudence est constante (39) et correspond tout à fait au souci légitime de protection des contractants, vendeur et acheteur, d'une oeuvre d'art, domaine où, par excellence, l'erreur humaine peut apparaître avec d'autant plus de facilité que d'une part l'appréciation des qualités de la chose est délicate surtout pour un acheteur non averti et que, d'autre part, le faussaire a souvent l'occasion d'y exercer ses talents. A ce double souci, la jurisprudence et la doctrine répondent par leur souplesse. La notion de substance est conçue de façon très protectrice, au plan de l'admission théorique du contenu de l'erreur. Cette tendance est-elle particulière aux ventes d'objets d'art ? La vente des véhicules nous fournit des exemples qui permettent, peut-être, de répondre à cette question.

2) Erreur sur la substance et vente de véhicules :

24 La multiplicité des décisions rendues ne saurait étonner. Le développement des ventes de véhicules, tant neufs que d'occasion, est lié au progrès économique d'un pays. Les considérations psychologiques à la base de ce phénomène social diffèrent selon que le véhicule, automobile de tourisme ou utilitaire, est ou non ancien ; mais le résultat est le même : les risques particuliers d'erreur, essentiellement au détriment de l'acheteur y sont fréquents. La valeur économique élevée du bien justifie, par ailleurs, l'utilité d'un recours judiciaire. Aussi, de même que pour les oeuvres d'art, cette recherche peut-elle être plus probante qu'en une autre matière. Les déci-

---

(38) - Chron. préc.

(39) - La décision du T.G.I. Paris (13 décembre 1972, op. cit.) le démontre par la largesse des termes : "L'erreur sur la substance s'entend non seulement de celle qui porte sur la matière dont la chose est composée, mais aussi de celle qui a trait aux qualités substantielles d'authenticité et d'origine".

sions judiciaires, d'elles mêmes, se rangent en deux classes, lesquelles traduisent une conception plus ou moins large de l'erreur sur la substance.

25 Les premières sont traditionnelles, plus empreintes de la conception objective de la substance. Elles portent sur la matière elle-même, matière considérée comme qualité déterminante dans l'esprit de l'acheteur du véhicule. Certains auteurs veulent limiter, volontairement, le domaine de l'erreur à ce premier aspect, entendu, d'ailleurs, fort strictement. Ainsi,M. Sauvage (40) affirme-t-il : "l'erreur prévue par l'article 1110 du code civil concerne les qualités substantielles de la chose qui fait l'objet du contrat, qualités qui peuvent consister dans l'authenticité ou l'origine s'il s'agit d'un objet d'art, mais qui, pour une voiture automobile,résident uniquement dans l'utilisation que peut en faire son propriétaire". Le bien-fondé de cette affirmation est à vérifier mais l'auteur ajoute une précision qui colore singulièrement le contenu de ce premier aspect de la substance : "l'erreur sur la substance comporte ainsi un caractère purement objectif qui la rapproche sensiblement du vice caché, lequel n'est qu'une application particulière au contrat de vente d'un principe général qui régit tous les contrats".

L'étude des rapports entre l'article 1110 du code civil et l'article 1641 apparaît donc prometteuse mais, d'ores et déjà, d'un point de vue tout à fait objectif, cette ressemblance est certaine. Il suffit pour s'en convaincre de constater la similitude de nature des décisions en ces deux domaines (41). M. Levy envisage, à cet égard, trois catégories de vices qui affectent, le plus souvent,le véhicule vendu : mauvaise conception d'une pièce, rupture d'un élément, et usure anormale. L'erreur constitue un vice du consentement mais son objectivité la confond avec ce vice de la chose. Elle peut, cependant, conserver une spécificité relative, tout en gardant ce contenu objectif. Il suffit d'envisager le cas d'une pièce mécanique normale, montée sur un

---

(40) - J.C.L. com., Ventes commerciales, fasc. 8, vices du consentement n° 58 ; Montpellier 12 février 1962 J.C.P. 62 II 12471 note Dijol - D 62, 641.

(41) - Rouen 29 janvier 1965 G.P. Tables 65-1°- V° Ventes n° 66 - cf Travaux de M. Lévy - op. cit.

véhicule alors qu'habituellement elle n'y a pas sa place ou encore l'hypothèse de l'absence d'une pièce prévue. Il n'y a pas vice de la chose alors que l'erreur objective peut être retenue (42).

26 Il est donc certain que, partiellement du moins, l'erreur sur la substance peut , en la matière, être définie objectivement. Il n'en est plus de même lorsque l'erreur porte sur les motifs déterminants. A cet égard, la jurisprudence relative à l'ancienneté et l'origine du véhicule est particulièrement révélatrice. La jurisprudence décide que la qualité relative à l'année de fabrication du véhicule constitue pour l'acheteur une qualité substantielle. Cette solution reste valable qu'il s'agisse d'un véhicule neuf ou d'occasion. La raison en est simple : la valeur de l'objet diminue considérablement avec son âge, tant par usure qu'obsolescence, enfin, la mode n'est pas, loin de là, sans influence sur la valeur. "La date de production ou de fabrication d'une chose, dit un auteur (43), est importante car elle peut déterminer ses qualités et, partant, sa valeur marchande. Ainsi en est-il des automobiles dont l'année de fabrication indique le type, de sorte que l'acquéreur peut connaître, par cette seule référence, les caractéristiques du véhicule, et il est évident que celles-ci étant, en principe, améliorées chaque année, plus un véhicule est récent, moins sa valeur s'écarte de celle d'un véhicule de l'année en cours".

Les décisions sont plus fréquentes à l'occasion de ventes de véhicules d'occasion car c'est le propre de ces automobiles d'être anciennes. Les conséquences de l'erreur portent, en général, sur le prix payé, l'acquéreur acceptant de verser un prix plus élevé pour un véhicule ancien se référant faussement à la cote d'une année ultérieure (44). Cette forme de substance apparaît également dans les ventes de véhicules neufs. La question s'est ainsi posée à propos de

---

(42) - Nancy 18 juillet 1933 G.P. 33,2, 785 (erreur sur la puissance d'un véhicule) et T.G.I. Argentan 15 octobre 1970 D 71, 718 (vente d'un véhicule gagé).

(43) - Note J.H. sous Paris 5° Ch. 27 novembre 1967 J.C.P. 68 II 15531

(44) - Paris 12 décembre 1967 G.P. 68, 2, Som. 7 ; Paris 5° Ch. 20 avril 1964 J.C.P. 64 IV p. 139. D 64 Som. 97 ; cf. à propos de l'ancienneté du seul moteur : Rouen 8 décembre 1911 G.P. 12,1,536.

l'achat à un constructeur de voitures neuves (45). Ces véhicules, achetés antérieurement au premier septembre de l'année en cours, compte tenu des usages de la profession et en l'absence d'indications contraires, sont considérés comme âgés non de l'année civile en cours mais de l'année antérieure (l'année de fabrication dans l'industrie automobile allant du premier septembre au 31 août de l'année suivante). La raison de cette décision est la grande dépréciation du produit par la seule mise sur le marché de produits semblables que le public présume meilleurs !

L'ancienneté d'un véhicule est donc incontestablement une qualité substantielle sous réserve, bien sûr, de son caractère déterminant (46), solution qui se rapproche, évidemment, de la jurisprudence relative aux oeuvres d'art car les décisions rendues y sont sensiblement identiques. L'appréciation du caractère déterminant de l'erreur les différencie cependant (47).

Il convient, pour conclure, de noter que le dol et la tromperie sont fréquents en la matière et provoquent dans l'esprit de l'acheteur, une erreur identique à celle-ci (48). L'ensemble de ces décisions permet de cerner la conception jurisprudentielle de l'erreur sur la substance conçue comme la matière de la chose au sens large. Il est nécessaire d'en étudier le second aspect : l'aptitude de la chose.

B - La substance, aptitude de la chose :

27 Dans l'erreur sur l'utilité de la chose, le juge va au-delà de la simple erreur sur une qualité. La chose vendue est, ici,

---

(45) - Paris 5° Ch. 27 novembre 1967, préc.

(46) Com. 1° février 1971 L.C.P. 71 IV 68 (vente par un garagiste d'un véhicule de démonstration - nullité refusée au motif que le bon de commande ne précisait pas l'année de fabrication).

(47) - Infra n° 45 s.

(48) Pour exemple : tromperie sur l'âge du véhicule : Crim. 22 janvier 1958 D 58, 598 note Liotard ou dol : Com. 19 décembre 1961 D 62, 240 - Bull. III n° 492 et infra n° 199 (dol) et n° 325 (tromperie).

inapte à une fonction recherchée par l'acquéreur. Il est encore nécessaire d'effectuer une distinction, fondée sur le degré de subjectivisme de l'erreur. Cette dernière peut, en effet, avoir deux origines différentes selon qu'elle s'apprécie par référence à l'objet ou par référence à la personne, victime de l'erreur

28 M. Ghestin envisage ainsi le premier type d'erreur sur l'utilité de la chose (49) lorsqu'il montre que "ce qu'il faut souligner, c'est que, dans tous les cas, l'inaptitude de l'objet à réaliser la fin poursuivie est inhérente à cet objet ; elle ne résulte pas de la situation personnelle de la victime de l'erreur. Les qualités de l'objet ne sont appréciées qu'en fonction du but poursuivi ; mais, ce but, n'est considéré qu'à travers ces qualités". La nullité du contrat pour erreur est alors justifiée car cette erreur porte, sans conteste, sur l'objet du contrat. La jurisprudence tend à choisir une méthode d'appréciation objective de l'erreur. La qualité défaillante est celle qu'une chose doit normalement posséder et, à supposer que cette lacune soit établie, l'erreur aurait un caractère déterminant pour n'importe quel contractant. Cette solution serait heureuse du point de vue de la sécurité juridique s'il était, à l'heure actuelle, possible d'en établir la liste ou le critère. Ce n'est pas le cas et si la réalité de la qualité ne revêt pas un caractère d'évidence et de normalité suffisamment marqué, l'exigence de la connaissance de son caractère essentiel, dans l'esprit de l'acquéreur, devient de plus en plus forte, ceci au fur et à mesure que l'existence de la première faiblit en intensité. La situation revient, schématiquement, à l'application du principe des vases communicants à la matière juridique, question qui sera systématisée ultérieurement.

29 Le rattachement de ces décisions avec les solutions prévalant en matière de vices cachés est évident et justifié par des motifs identiques à ceux invoqués pour l'erreur sur la "substance-

---

(49) - Encycl. dr. civ., V° erreur, n° 19.

matière"(50). Quant à l'objet de la vente, il est également certain que plusieurs décisions relatives à la vente de véhicules peuvent être évoquées présentement (51). En effet, comme il a été dit, l'utilité essentielle d'une automobile consiste dans sa possibilité de rouler ; l'inaptitude à cette fonction est souvent indistincte d'une erreur sur la "substance matière". De façon spécifique, cependant, les ventes d'animaux en constituent des exemples caractéristiques en matière com merciale (52). Mais la jurisprudence ne saurait être limitée à ce domaine. Elle peut,également,concerner la vente d'objets d'art. L'erreur peut ainsi s'attacher au caractère unique d'une pièce de collec tion constituant son utilité principale (53) ou, généralement, à toute marchandise non susceptible de remplir le rôle pour lequel elle a été créée(54) ou même à l'indisponibilité d'une marchandise que les parties croyaient libre (55). Enfin, il est difficile d'ignorer toute la jurisprudence civile relative à la vente d'immeubles grevés de servitudes non apparentes qui rendent le terrain inconstructible (56). L'analogie de la jurisprudence civile est caractéristique dans cette matière.

---

(50) - Ghestin, op. cit. n° 50 et 277.

(51) - Lévy, op. cit. p. 2 et 3 ; Paris 11 juin 1970 G.P. 1971-1 - Som. 4 ainsi que les décisions citées.

(52) - Douai 17 octobre 1922 Rec. Douai 1923, 65 ; 10 juillet 1928 ibid 1928, 295 ; Trib. Paix Josselin - 26 juillet 1930 D.H. 30, 582 ; Civ. 1° 27 avril 1953 D 53, 440 (cheval de trait hors d'âge et incapable de travailler) ; T.G.I.Montbrisson 24 juin 1964 J.C.P. 65 II 14093 note JP. G.P. 65, 1, 26 (achat d'un cheval de compétition se révélant inapte à la course).

(53) - T. com. Bruxelles 27 mars 1906, 1, 184 (orchidée en exemplaire unique).

(54) - Civ. 1° 3 mai 1973 préc. (crevaison d'un pneumatique annoncé "increvable") ; Com. 4 juillet 1973 préc. (vente de tissu d'ameublement à la place de tissu d'habillement). L'auteur note que "la solidité insuffisante du tissu vendu le rendait impropre à l'usage voulu par l'acheteur" (D. 74 J. 538).

(55) - Alors même que cette marchandise était retenue en douane : Req. 17 juin 1946 G.P. 46, 2, 204 ; Douai 1° juin 1967, préc.

(56) - Civ. 3° 25 mai 1972, préc. ; Rouen 1° mars 1969 D. 69, 211 et les décisions citées qui ne font qu'entériner une jurisprudence constante.

Certains auteurs recherchent le fondement juridique de ces solutions dans la notion d'erreur sur la cause (57) en faisant de l'article 1110 du code civil une application de l'article 1131 du code. M. Maury parle ainsi (58) de l'erreur sur "l'utilité prévue" de la chose. Le mot cause doit alors être pris dans le sens de cause concrète, de mobile déterminant. Dans le domaine de l'erreur sur l'utilité de la chose, cette conception requiert un élargissement singulier de la notion de cause que le droit positif est loin de refléter.

30 La lecture de ces décisions est trompeuse et tendrait à l'admission généralisée de l'erreur sur l'utilité. Les hypothèses envisagées, le plus souvent, ne prêtent guère à discussion. Un cheval de course doit pouvoir courir, de même que l'évidence impose qu'une pièce unique le soit réellement. Ces hypothèses sont celles dans lesquelles le vendeur aurait dû connaître l'importance de cette qualité non par la recherche de l'intention de l'acheteur mais par l'examen de la chose, plutôt que des espèces dans lesquelles l'acheteur les lui a fait connaître. "Il existe, dit M. Gaudemet (59), un classement des choses, objets du commerce, établi par l'opinion commune, non seulement d'après leur nature matérielle, mais d'après beaucoup d'autres éléments : utilité, rareté, etc... de là des catégories commerciales reconnues de tous. La qualité substantielle est celle qui classe une chose dans l'une ou l'autre de ces catégories formées par la commune opinion". Cette attitude, rigoureuse pour le vendeur, découle du bons sens et de la réalité. La solution n'est pas aussi évidente pour l'erreur sur l'utilité appréciée par référence à la victime.

31 Comment apparaît la situation dans cette seconde classe de décisions? L'objet est acquis non pour ses qualités spécifiques

---

(57) - Célice, L'erreur dans les contrats, Paris 1922.
(58) - Maury, L'erreur sur la substance dans les contrats à titre onéreux, in Mélanges Capitant, p. 491 (notamment p. 501).
(59) - op. cit. p. 60.

mais pour une qualité qui n'est déterminante que pour l'acquéreur. La jurisprudence décide, tout comme en matière civile, que la nullité pour cette erreur sur les motifs n'est pas prononcée si le vendeur ignorait le caractère déterminant de la qualité dans l'esprit de l'acquéreur. Cette solution se renforce, dans le domaine commercial, du fait de l'anonymat fréquent de la vente. L'erreur porte sur des motifs étrangers à l'objet du contrat. Certains auteurs considèrent que cette erreur devrait entraîner l'annulation dans tous les cas où elle vise un motif déterminant (60), alors que d'autres (61) excluent formellement la sanction de l'erreur sur les motifs personnels. La solution jurisprudentielle se justifie également par des considérations d'équité car il est difficilement concevable qu'un individu supporte les conséquences d'une opinion tout à fait propre au demandeur. Cela explique que la Cour Suprême reste aussi stricte à exiger que l'erreur porte sur l'objet du contrat. M. Malaurie est d'ailleurs plus exigeant car, au-delà de la simple connaissance du caractère déterminant par le vendeur, il demande que "le motif erroné ait été la cause de l'engagement ; il ne suffit donc pas que le motif erroné poursuivi par une partie ait été connu par l'autre..." (62), mais la jurisprudence, comme le montre l'étude des conditions de l'erreur, n'est pas aussi sévère et se contente de la simple connaissance par le vendeur de la qualité.

M. Starck cite l'exemple (63) de la personne achetant chez un antiquaire un sabre qu'il croit avoir appartenu à son grand-père. Pourquoi le commerçant supporterait-il les conséquences d'une erreur qu'il ne pouvait éviter ? La justice de ces décisions est indéniable. L'inaptitude de la chose à l'usage projeté est, dans l'exemple, évident mais l'erreur n'a pas porté sur l'objet défini par le contrat. Il en serait de même dans l'hypothèse de deux époux achetant, chacun de leur côté, le même objet. C'est pour ces raisons que le juge refusa d'annuler le contrat conclu par un collectionneur qui avait acheté

---

(60) - Ripert et Boulanger - t. II n° 161 ; Planiol et Ripert, t. 6 par Esmein n° 185.
(61) Célice, op. cit.p. 77 ; Maury, op. cit. n° 12.
(62) - J.C.L. civ. art. 1110, De l'erreur, n° 33.
(63) Op. cit. n° 1325.

une toile de Delacroix en pensant, à tort, que le tableau figurait dans la chambre même du peintre (64). Ces solutions sont certaines et ne soulèvent, en pratique, que des difficultés de preuve de l'inclusion de la qualité déterminante dans l'objet du contrat. La seule question juridique concerne la délimitation de la qualité substantielle d'avec la qualité personnelle indifférente. Selon MM. Mazeaud (65) : "il est indispensable de préciser le critère de la distinction. La jurisprudence qui parvient, en général, à des solutions exactes par une sorte d'intuition, ne donne pas un tracé suffisamment précis du domaine de l'erreur". Cette critique est certaine, elle est souvent regrettable mais semble-t-il inévitable. Elle tient à la nature même de l'erreur, fait purement psychologique qu'il a fallu traduire juridiquement. A l'inverse, d'autres formes d'erreurs restent indifférentes et ne s'intègrent pas dans le système juridique.

SECTION 2 - Les erreurs indifférentes dans la vente commerciale

La première est évoquée par le second alinéa de l'article 1110 du code civil alors que l'exclusion de la seconde résulte de la jurisprudence.

37 ### § 1: Erreur sur la personne dans la vente commerciale :

L'erreur sur la personne n'est ainsi retenue que lorsque le contrat a été conclu "intuitu personae". C'est bien évidemment une question de fait que de savoir quand la considération de la personne est

---

(64) - Civ. 23 novembre 1931 op. cit. ; par analogie : vente d'un appartement à un fonctionnaire se croyant définitivement muté dans une ville alors qu'il est affecté ailleurs, seule une condition résolutoire de sa nomination dans une autre ville aurait permis la résolution de la vente - in Mazeaud t. II n° 166.

(65) - Leçons, t. II, n° 166.

déterminante du contrat (66). S'il est possible de dire que tout contrat à titre gratuit est conclu intuitu personae, l'affirmation inverse, s'appliquant aux contrats à titre onéreux, n'est pas concevable. La formulation négative du texte du code suggère, d'ores et déjà, son interprétation restrictive. Qu'en est-il de la vente commerciale ?

33 Il est traditionnel de considérer que ce contrat ne comporte pas l'intuitus personae, avec raison le plus généralement. Le vendeur ne cherche qu'à vendre un bien contre un prix intéressant alors que l'objectif de l'acheteur est d'acquérir un objet possédant des qualités spécifiques, ceci au mieux de ses intérêts. A priori, la considération du contractant est secondaire. "Dans ce contrat, précise M. Valleur (67), le vendeur n'a en vue que l'obtention d'un certain prix pour la chose qu'il se propose de vendre, l'acheteur l'acquisition de cette chose moyennant paiement du prix... il y a dans ce contrat considération de la chose et du prix sans aucune place pour la considération d'une personne quelconque". Il en est de même, à plus forte raison, dans la vente commerciale. La vente y est le plus souvent anonyme ; les parties ne se connaissent pas même avant la conclusion du contrat. Le choix du cocontractant se fait souvent non en considération de ses qualités propres mais plutôt en tenant compte de la nature et des propriétés du produit. En fait, le principe ainsi énoncé, simple et logique doit être nuancé.

34 Il est abusif de vouloir, en la matière, donner une solution systématique (68) et c'est au juge qu'il revient d'établir, le cas échéant, l'intuitus personae dans la vente. Dans certaines hypothèses, l'erreur sur la personne sera retenue comme cause de nullité (69). Ces situations, quantitativement, sont extrêmement marginales. Leur portée est faible, c'est pourquoi le principe reste quasiment

---

(66) - Francis Valleur, L'intuitu personae dans les contrats, n° 63 s., p. 138.
(67) - Op. cit. n° 63, p. 148.
(68) Josserand, Les mobiles dans les actualités juridiques, 1928, n°48.
(69) - Azoulaï, L'élimination de l'intuitu personae dans le contrat, in La tendance à la stabilité du rapport contractuel.

entier dans son application. Avant d'étudier ces quelques applications, il convient d'ajouter que ces erreurs exceptionnelles sont considérées comme erreurs admises au même titre que les erreurs sur la substance. Elles doivent, en conséquence, remplir les conditions générales de l'erreur, cause de nullité. M. Ghestin (70) y relève, cependant, l'absence de stipulation par laquelle les parties auraient pu faire supporter à l'une d'elles le risque de l'erreur sur la personne. Il est vrai que, sauf hypothèses théoriques, il est difficile d'imaginer une telle situation et, finalement, ce sont les mêmes conditions qui s'appliquent (71). Avant d'étudier la question particulière de l'erreur sur la solvabilité, il convient de déterminer les applications générales de l'erreur sur la personne.

35 La notion de personne a une signification particulière dans les contrats à but économique (72). Ce n'est pas l'identité, tant physique que civile, de la personne mais ses qualités. En ce sens, elle est admise à l'occasion de la vente, elle y est tout au moins spécifique. L'erreur vise une qualité que la victime attribue faussement à l'intéressé ou, encore, revient à ignorer une qualité qui, si elle avait été connue, aurait fait obstacle à la conclusion du contrat. Comme prévu, les décisions ne peuvent qu'être rares (73). Elles concernent essentiellement l'erreur sur la qualité du contractant, car l'erreur sur l'identité est difficilement concevable comme déterminante de ce type de vente. La personnalité du vendeur n'est pas indifférente et la nullité est admise si l'acheteur ne se soucie pas de traiter avec un individu dont la mauvaise réputation pourrait

---

(70) - Th, op. cit. p. 242.

(71) - Esmein J.C.P. 1963, 2, 13228 : "de même que le contractant peut attacher plus d'importance à une qualité de la chose qu'à sa teneur matérielle, il peut attacher une importance primordiale à une certaine qualité de la personne avec qui il traite, ou à l'absence chez elle de certains défauts. Il y avait donc lieu d'interpréter le second alinéa de l'article 1110 avec la même liberté que l'alinéa 1°".

(72) - Boulanger, op. cit. n° 25 p. 576.

(73) - La décision la plus récente concerne une vente d'immeuble : Civ. 1° 20 mars 1963 J.C.P. 63 II 13228 note Esmein - D 63 J 403 ; Paris 10 février 1961, préc.

le suivre. Comme le note M. Josserand (74), en raison de cette erreur sur la qualité et malgré le caractère onéreux, l'erreur revêt un caractère intensif. Il est malheureusement délicat de tirer des conclusions précises de la jurisprudence (75), limitée et ancienne. En dépit du caractère épars de ces décisions, il n'est pas interdit d'envisager certaines situations admettant l'erreur sur la personne. Ainsi, un amateur d'art peut-il tenir à acquérir un objet chez un professionnel afin de bénéficier d'une certaine garantie de qualité ou, encore, un commerçant peut-il vouloir se fournir uniquement chez un professionnel de la fabrication qui lui offre des assurances de compétence technique. Si les conditions générales de l'erreur sont réunies, le juge l'admet, bien que les considérations personnelles soient, en principe, inconnues dans les relations commerciales. M. Malinvaud (76) propose astucieusement d'utiliser le cadre de l'erreur sur la personne pour sanctionner les erreurs dans l'authenticité d'un tableau :"les tableaux ont un état civil ; le nom de leur auteur en est l'élément substantiel en ce qu'il révèle leur filiation. En définitive, l'erreur sur l'origine d'un tableau, plus encore qu'une erreur sur la substance, c'est une erreur sur l'identité civile dont on sait que, portant sur la personne, elle entraîne la nullité du mariage". Voici une constatation que les faits ne sauraient démentir, il est malheureusement à penser que cette assimilation du nom du tableau à un état civil ne soit, cependant, pas pour demain. L'erreur sur la solvabilité pose un problème plus actuel.

---

(74) - Mobiles, n° 50.

(75) - Aix 21 décembre 1870 D.P. 1871,2,79 (dissimulation par le vendeur d'un fonds de son identité et, surtout, de ses antécédents judiciaires) ; T. com. Marseille 12 avril 1920 Journ. jurisp. com. et marit. 1920,1,330 (vendeur qui voulait traiter avec un particulier et non avec un cabinet de vente de fonds de commerce) ; Paris 17 février 1938 S 38,2,207 (erreur de deux ans sur l'âge du crédit rentier dans une vente convertie en rente viagère)

(76) - Philippe Malinvaud, De l'erreur sur la substance, D 72 Chron. 215.

36 Par un raisonnement parfois trop systématique, les auteurs (77) ont assimilé cette forme d'erreur à l'erreur sur la valeur. Ils en ont logiquement déduit que, par application de l'article 1118 du code civil, la nullité ne pouvait être encourue dans cette situation. Si la jurisprudence soutient fréquemment cette opinion, des auteurs n'hésitent pas à la nuancer (78). La solution doctrinale est, en effet, critiquable si l'on se place au plan du consentement, dans l'hypothèse bien particulière de la vente à crédit. Refuser sans examen approfondi cette protection à la victime de l'erreur est abusif. Souvent, la solvabilité est un élément essentiel de détermination du consentement. M. Ghestin, faisant le parallèle avec les solutions prévalant en matière d'erreur sur la valeur, estime cependant nécessaire de limiter cet énoncé de principe (79). L'erreur doit ainsi s'attacher à la solvabilité du contractant au moment où celui-ci s'exécute car c'est à cette date qu'elle a été envisagée mais, ensuite, l'insolvabilité doit avoir été certaine lors de la conclusion car, sinon, il y aurait imprévision.

La jurisprudence est, en ce domaine, inexplicable. Cette forme d'erreur est bien distincte de l'erreur sur la valeur donc, si l'on suit le raisonnement précité, de la lésion. L'erreur sur la solvabilité est, à part entière, une erreur sur une qualité substantielle de la personne. Si elle a avec la lésion un point commun, l'appréciation économique inexacte, elle en diffère en ce qu'elle constitue une erreur, fait psychologique, sur un fait entièrement objectif. La stabilité des conventions justifie-t-elle, par ailleurs, cette atteinte grave à l'intégrité du consentement individuel ? Il s'agit ici, plus qu'une appréciation inexacte de la situation économique, d'un vice

---

(77) - Carbonnier, Obligations, n° 350 ; Weill, Obligations, t. II n° 170 ; Colin et Capitant t. II p. 658 ; Josserand, Mobiles n° 50 ; Mazeaud, Obligations p. 138.

(78) - Civ. 5 août 1874 D. 75,1,105 ; T.civ. Seine 3 août 1897 D.P. 98, 2,51 ; Bordeaux 5 mars 1917 Gaz. Trib. 1917,2,420 ; Contre : Michel Valleur, op. cit. n° 64 ; Ghestin th. op. cit. n° 204 s; cf T. com. Nantes 11 février 1905 (vente à terme, erreur sur la qualité de commerçant).

(79) - th. préc.n° 205 p. 244.

individuel du raisonnement résultant d'une apparence trompeuse. Aussi suffit-il de constater son caractère déterminant ; la jurisprudence le refusa cependant.

Si ces solutions sont regrettables et nuisent à une meilleure expression du consentement individuel, elles restent limitées en importance. Le plus généralement, d'ailleurs, un dol, sanctionnable, peut être relevé à l'encontre du défendeur. La situation n'est pas d'une telle simplicité dans le cas de l'erreur sur la valeur.

§ 2 : L'erreur sur la valeur dans la vente commerciale

37 La doctrine et la jurisprudence unanimes écartent toute annulation du contrat vicié d'une erreur sur la valeur de la chose. Leur raisonnement est simple et logique. L'erreur sur la valeur se confond avec la lésion, celle-ci est écartée par principe par l'article 1118 du code civil. En application implicite de ce texte, l'erreur lésionnaire ne peut avoir d'effets juridiques (80). Il est indéniable que les deux notions sont étroitement liées. L'étude de l'aspect psychologique de la lésion montre qu'elle se rattache à tous les vices du consentement. Les liens avec la violence sont les plus évidents mais ne sauraient cacher ceux existant avec l'erreur. Pourquoi contracter à des conditions si désastreuses, sauf cas d'erreur de jugement ? Cependant, au-delà de cette analyse simpliste, et, comme l'a montré M. Demontès (81), la lésion qui vise la volonté psychologique et non le consentement juridique, ne peut être assimilée à un vice ordinaire. La difficulté réside, en effet, dans la conception de la lésion. L'erreur sur la valeur implique le choix, quant à son critère, entre la conception objective ou la conception subjective de la lésion car une appréciation de la valeur est nécessaire. La théorie de l'erreur peut donc déborder sur la lésion car ce vice suppose parfois une appréciation non psychologique de la

(80) Baudry Lacantinerie n° 71 ; Planiol et Ripert t. 6 par Esmein n° 186 ; Mazeaud t. II n° 165 ; Demolombe, Obligations t. 1 n° 118.

(81) Demontès, op. cit.

volonté. Le rôle du prix dans la détermination de l'erreur sur la qualité substantielle doit, à cet effet, être souligné (82).

38 Cette liaison étant établie, il est nécessaire de savoir si l'erreur sur la valeur se confond exactement avec la lésion. Ce n'est pas certain. Leur nature est différente. Toute erreur peut causer une lésion mais il ne s'agit pas nécessairement d'une erreur sur la valeur. A l'inverse, la lésion peut avoir une autre origine que l'erreur (83). L'argument principal tend, en ce sens, à dénier à la lésion le caractère de vice de consentement. Elle est alors traitée comme un défaut d'équivalence objective entre les prestations. A l'inverse, il est possible de concevoir la sanction de la lésion uniquement en ce qu'elle présume un vice du consentement. De son côté, la théorie des vices du consentement s'en rapproche en ce qu'elle poursuit l'établissement d'une certaine égalité entre les cocontractants, égalité qui apparaît notamment au plan de l'économie du contrat. L'erreur sur la valeur constitue alors la partie commune, le point de rencontre des deux notions. L'expression fréquente "d'erreur-lésion naire" prend ici tout son sens. L'article 1118 trouve logiquement à s'appliquer, excluant la nullité du contrat par l'article 1110.

La jurisprudence suit ce raisonnement. Mais, au-delà d'une analyse trop sommaire que soutiennent, malgré tout, des décisions très affirmatives (84), certains auteurs ont approfondi leur recherche de la notion de valeur. Seule "l'erreur sur la valeur proprement dite" est indifférente. Elle est admise si l'erreur économique résulte d'une erreur sur la substance. De telles situations sont fréquentes et les situations d'erreur sur l'authenticité d'objets d'art en fournissent des exemples variés. L'acquéreur d'un tableau faux, qu'il croit authentique, commet, par là-même, une erreur sur sa valeur puisqu'il consent à le payer au-delà de sa valeur réelle.

---

(82) - Supra n° 26.
(83) - Marie Angèle Pérot-Morel, L'équilibre des prestations dans la conclusion du contrat, th. Paris 1956, p. 192 s.
(84) - Req. 1° mars 1876 D. 77,1,155 - S. 1876,1,318 ; Paris 9 mai 1964 G.P. 64,2,126 : "Une erreur sur la valeur... ne serait pas une cause de nullité".

Cette distinction est consacrée en jurisprudence (85) laquelle écarte toute sanction de l'erreur sur la valeur stricto sensu, c'est-à-dire, pour reprendre les termes employés par M. Ghestin (86) résultant d'une "appréciation économique erronée, effectuée à partir de données exactes".

39 L'exclusion de l'erreur sur la valeur serait aisée si l'erreur ne portait pas, souvent, sur des qualités qui se distinguent mal de la valeur. Pourquoi, d'ailleurs, ne pas considérer la valeur comme une qualité substantielle de la chose? L'objet de la vente présente certaines caractéristiques objectives : authenticité, aptitude et même sa valeur intrinsèque. Cette conception, au demeurant très pratique, est malheureusement abusive. Comme le souligne, notamment, M. Malaurie (87) "la valeur n'est pas, quoi qu'on en ait eu, une propriété objective d'une chose... à l'état pur, elle est la mesure du désir que leur porte une personne". A l'extrême limite, elle ne serait donc qu'une erreur sur les mobiles. L'idée d'appréciation personnelle est indissociable des éléments qui composent la valeur. Le juge doit donc rechercher, outre le caractère déterminant de l'erreur, la nature de la qualité sur laquelle elle porte. Il doit s'agir d'une erreur sur une qualité matérielle et ne portant pas directement sur la valeur (88). Enfin, la valeur doit être distinguée

---

(85) - Sur l'exclusion de l'erreur sur la valeur proprement dite : com. 4 novembre 1964 Bull. IV n° 479 cassant un arrêt ayant nommé un expert avec mission de rechercher si le prix facturé correspond au prix réel de l'appareil alors que l'acheteur prétend seulement avoir été trompé sur le prix ; Sur l'admission de l'erreur résultant d'une erreur sur la substance : T.G.I. Seine 7 novembre 1966 G.P. 66,2,339 ; Com. 20 octobre 1970 op. cit. ; T.G.I. Paris 13 décembre 1972, préc.

(86) - Cette définition permet à Ripert de lier l'exclusion de l'erreur sur la valeur à l'erreur inexcusable : Règle morale n° 43.

(87) - Note sous Civ. 4 mai 1956 D. 57 J. 313.

(88) - Sur la distinction de la valeur et de la substance : Civ. 1° 25 janvier 1965, op. cit, cassant l'arrêt de la Cour de Montpellier se référant à la "valeur exceptionnelle de ces fresques" ignorée du vendeur. "Il en aurait été autrement si le vendeur avait ignoré leur ancienneté". L'exclusion de l'erreur ex re ipsa est donc certaine : Soc. 24 juin 1964, préc.

de la notion d'erreur sur le prix car la confusion est fréquente. L'erreur sur le prix constitue une erreur matérielle portant sur la somme à payer sans aucune idée d'appréciation de la valeur intrinsèque de la chose (89). Au plan des principes, la distinction des erreurs sur la valeur qui sont retenues , de celles qui sont indifférentes paraît claire et logique.

40 La jurisprudence actuelle est empreinte, cependant, d'un laxisme certain, attitude issue essentiellement de considérations d'équité. L'erreur sur la substance, sous cette étiquette large, lui permet souvent de réparer une lésion. Les décisions relatives aux ventes de tableaux sont caractéristiques de cette tendance, la recherche d'indices du caractère déterminant de l'erreur s'oriente souvent vers le prix payé et il est curieux de constater le soin avec lequel le juge relève toute lésion dès qu'elle existe, tout en justifiant sa décision par l'erreur sur la substance (90) ; à l'inverse, le juge a tendance à refuser la nullité si le demandeur ne peut invoquer de lésion (91).

41 Il est incontestable que ces décisions soient, le plus souvent justifiées par l'équité. Faut-il pour cela admettre, de façon généralisée, l'erreur-lésion ? Mme Perot-Morel propose de lui faire, dans notre système juridique, une place propre (92), solution qui

---

(89) - Douai 1° juin 1967, préc. ; Civ. 3° 22 novembre 1968 Bull. III n° 493 ; Com. 14 janvier 1969 D. 70 J 458 note Pédamon - G.P. 69 I 205 - R.D.Civ. 1971,625 ; Civ. 1° 28 novembre 1973 note Rodière (D. 75 J 21) qui précise : "L'erreur sur la valeur correspond à une différence entre l'idée que le contractant qui s'en plaint s'est faite du sacrifice que méritait la satisfaction de son besoin et, soit la réalité, soit l'idée qu'il s'en fait plus tard, tandis que l'erreur sur le prix est une erreur sur la représentation de la somme d'argent qu'il doit acquitter indépendamment de la chose dont ce prix est l'ombre".

(90) - Infra n° 397 ; cf. également Maury, op. cit. p. 505 ; Célice p. 144 ; Ripert, La règle morale n° 43.

(91) - T. civ. Mamers 11 décembre 1942 G.P. 42,2,270.

(92) - Perot-Morel, op. cit. p. 223.

aurait l'avantage d'éviter l'hypocrisie de la jurisprudence actuelle. L'objection principale à l'introduction de l'erreur-lésion, outre son éventuel caractère inexcusable, est évidemment la sécurité juridique or, en matière commerciale, cet impératif est singulièrement renforcé. La controverse est célèbre et a longtemps déchiré la doctrine qui ne l'a jamais résolue définitivement. Les arguments opposés sont trop connus pour être rappelés ici mais il faut admettre que les exigences de la stabilité commerciale sont suffisamment puissantes pour autoriser cette atteinte à la volonté individuelle. Par ailleurs, la valeur vient d'une appréciation qui est personnelle à chacun et résulte de considérations le plus souvent individuelles (snobisme, affectivité, besoin...). Son admission serait donc techniquement complexe et arbitraire. La lésion est conçue actuellement de façon objective et consiste bien dans un déséquilibre économique des prestations. Cette simple constatation est trop fréquente pour qu'on en déduise, en toutes hypothèses, un vice du consentement, la lésion ne peut donc, de manière absolue, être retenue comme motif de nullité.

42 La place actuelle occupée par la notion, par rapport à l'erreur est satisfaisante. Pour reprendre le mot de M. Ghestin (93), elle crée un "climat favorable" au demandeur qui se fait fort de l'invoquer dès qu'elle existe. La constatation du déséquilibre est, judiciairement parlant, souvent favorable à la victime. C'est une évidence au simple vu du rôle du prix dans l'appréciation de l'erreur sur la substance. Plus généralement, mais insidieusement, elle crée une attitude plus compréhensive du juge. En ce sens, et uniquement par cet aspect, la lésion n'est pas un quatrième vice du consentement mais une forme des trois autres. Enfin, ainsi définie, la lésion s'adapte bien au rôle social de l'erreur. Le déséquilibre contractuel, dans la vente commerciale, peut résulter d'une erreur psychologique mais le juge apprécie si elle doit ou non être sanctionnée, selon que l'une ou l'autre partie mérite cette protection.

---

(93) - Th. préc. , n° 75 p. 85.

43 L'application de l'article 1110 du code civil à la vente commerciale détermine plusieurs catégories d'erreurs : erreurs sur la substance d'une part, erreurs sur la valeur et sur la personne d'autre part. Cette répartition correspond respectivement aux erreurs "admises" et aux erreurs "indifférentes". Pour ces dernières, il est nécessaire de nuancer parfois cette systématisation quand bien même les exceptions seraient limitées. Les erreurs sur la substance constituent, par contre, le type même de l'erreur viciant la vente commerciale. Il est donc désormais possible d'en étudier le régime et la nature.

CHAPITRE II - LE REGIME JURIDIQUE DE L'ERREUR, VICE DU CONSENTEMENT, DANS LA VENTE COMMERCIALE :

44 Pour justifier sa sanction, l'erreur doit remplir trois conditions : elle doit être déterminante du consentement de celui qui s'oblige, elle doit être excusable et, enfin, porter sur l'objet défini du contrat. Ces conditions, de droit commun, s'appliquent à n'importe quel type d'erreur, vice du consentement ; il convient de les étudier, chacune, en précisant surtout le contenu spécifique à la vente commerciale.

SECTION 1 - Le caractère déterminant de l'erreur.

45 L'existence de cette condition est certaine. Il est indispensable de rechercher quelle a été l'influence de l'erreur sur le consentement. Cette nécessité résulte directement de l'adoption de la conception subjective de l'erreur. Paradoxalement, alors que cette théorie conduit à un élargissement remarquable de la notion de la substance, elle joue ici le rôle inverse. En effet, la théorie objective se suffit de l'accomplissement d'une condition : l'erreur doit porter sur une qualité objectivement considérée comme substantielle. Par contre, l'exigence du caractère déterminant de l'erreur implique une recherche psychologique de l'intention, élément qui s'ajoute,voire se confond,avec l'idée de qualité substantielle. Or la substance revêt deux sens. Il est d'abord possible de lui donner un contenu objectif, même minimum. La qualité objectivement substantielle est alors déterminante pour tout individu. Mais,par ailleurs , l'erreur retenue étant celle qui s'exerce sur la volonté, le contenu de la substance est modifié : l'exigence du caractère déterminant influence la définition

de la substance. Ainsi s'explique la difficulté de définir la notion de substance. L'erreur est donc l'erreur psychologique, c'est-à-dire essentiellement une "question de fait", une erreur sur une qualité essentielle, laquelle étant celle qui a poussé au consentement, est déterminante.

Ces deux éléments sont, le plus souvent, confondus (1), mais leur exigence cumulative n'est pas inutile car, dans certaines hypothèses limites, ils peuvent être dissociés. MM. Mazeaud peuvent ainsi (2) envisager l'exemple de l'essence du bois d'un meuble ancien, celle-ci n'a pas nécessairement un caractère déterminant pour l'acquéreur du meuble. Le juge, lui-même , est constant à exiger ce caractère de l'erreur (3), attitude qui résulte pour l'essentiel d'un souci de stabilité des conventions commerciales. Le maintien de cette condition à la vente commerciale est d'autant plus nécessaire que ce souci devient impérieux. L'exclusion de l'erreur sur les qualités secondaires diminue le domaine de la nullité. Ce vice du consentement ne peut, quand bien même il atteindrait, de façon certaine la volonté, constituer un prétexte à un contractant regrettant de s'être engagé trop rapidement. L'anonymat de la plupart des ventes commerciales conduit à exclure des considérations la prise en compte de motifs personnels ou accessoires. Cette préoccupation constante apparaît nettement dans le système d'appréciation du caractère déterminant de l'erreur.

46 De la simplicité de l'alternative, la jurisprudence a créé une situation fort ambiguë. Le problème consiste à prouver un "état d'esprit", expression employée fort justement par Mme Fournier (4). "Les juges, dit-elle, ne se prononcent en faveur de l'annu-

---

(1) - Notamment : T.G.I. Paris 6 décembre 1968 D. 69 J. 595 : pour une souscription d'ouvrages, "la considération qu'il s'agissait de livres à paraître était pour lui déterminante et constituait donc une qualité substantielle de la chose" ; Civ. 1° 3 mai 1973 préc.

(2) Op. cit. n° 171.

(3) - Req. 17 juin 1946 G.P. 46,2,204 - Loussouarn, obs. R.D.Civ. 1969 p. 557 et 1970 p. 163 ; Civ. 1° 15 juin 1960 J.C.P. 61 II 12274 note Voirin ; Civ. 1° 26 janvier 1972 préc. ; T.G.I. Paris 13 décembre 1972 préc. ; Civ. 1° 3 mai 1973 préc. ; Com. 4 juillet 1973 préc.

(4) Th. préc. p. 142.

lation qu'après avoir constaté que l'acheteur a été déterminé à l'acquisition qu'il a faite, par la croyance où il était de l'existence de l'authenticité" et, ajoute t-elle, "mais il ne suffit pas à l'acheteur d'affirmer qu'il a bien été dans cet état d'esprit ; il doit le prouver". L'appréciation de l'influence de l'erreur sur la volonté individuelle est impossible ; il est impossible de recourir à une appréciation in concreto. La référence à la conduite d'un homme normal, solution seule concevable, écarte toute recherche de psychologie interne. Il faut poser en principe que l'erreur déterminante est celle qui a eu la même influence sur l'intéressé que sur un individu normal, solution qui sacrifie aux nécessités de la pratique, la vérité juridique. La doctrine adhère unanimement à cette conception (5).

Position logique mais dont l'application est totalement faussée par la jurisprudence. Comme l'ont parfaitement démontré MM. Mazeaud (6), mais de manière isolée (7), l'appréciation judiciaire semble a priori in concreto, le juge prend soin de relever qu'en fait l'erreur est déterminante de la volonté du cocontractant. En réalité, la jurisprudence ne peut appliquer cette solution apparente. Le cheminement du raisonnement judiciaire est plus complexe car le juge apprécie l'erreur en fonction de lui-même, recherchant, même inconsciemment s'il se serait laissé déterminer. Les décisions soulignent constamment le souci apparent du juge de recourir à une méthode de recherche in concreto (8).

---

(5) - Doctrine très vaste ; par ex : Planiol t. II n° 1053 ; Baudry Lacantinerie t. I n° 54 p. 82 ; Laurent t. XV n° 487 ; Ghestin, th, préc. n° 30 et 31.

(6) - Op. cit. n° 171 p. 149.

(7) - Ghestin conteste (th. n° 37) cette argumentation en faisant valoir que la jurisprudence attache autant d'importance aux faits propres au demandeur qu'à la comparaison à un comportement normal. L'opinion trouve certainement à s'appliquer dans l'immense variété des décisions mais qui est bien moins systématique en matière commerciale.

(8) - Le caractère déterminant "résulte des éléments de la cause" (Civ. 26 mai 1965, op. cit), " par une appréciation souveraine des faits" (Civ. 1° 23 février 1970 préc.) ou s'établit "en la matière, par un faisceau de faits" (Civ. 1° 26 janvier 1972 préc.), ou même sans aucune autre indication, par une recherche "in concreto" (Com. 4 juillet 1973 préc.).

47 Le juge se limite à la simple constatation du caractère déterminant "en fait" sans l'expliquer plus longuement. Cette forme de raisonnement est plus systématique dans la vente commerciale qu'en matière civile. Il faut y voir le souci du juge de s'appuyer, encore plus certainement, sur une méthode d'appréciation in abstracto mieux adaptée à la sécurité juridique quand bien même cette attitude, souvent inconsciente, nuirait à la protection individuelle du consentement ; l'erreur est psychologiquement indéniable et parfois elle n'est pas sanctionnée. La méthode est donc certaine et établie. Le juge recourt à des indices qui traduisent l'importance attachée par la victime de l'erreur à la qualité désirée. Mme Fournier, dans le domaine bien précis de la vente des objets d'art distingue et classe soigneusement ces procédés d'extériorisation de la volonté interne. L'auteur, au cas de silence du contrat, considère certaines circonstances qui peuvent être invoquées avec succès par l'acquéreur. Ces indices concernent l'élévation du prix de vente ou encore la qualité des contractants, l'aspect et la présentation de l'objet et enfin l'attitude des parties, avant ou après la vente. Par contre, des circonstances bien précises empêchent l'acheteur de réussir dans son action ; elles résultent soit de la modicité du prix de vente, soit de l'examen ou de la possibilité d'examen, par l'acquéreur, de l'objet.

Ces techniques peuvent, sans distinction, s'appliquer aux ventes commerciales. Il suffira d'y ajouter le rôle des stipulations de garantie, certes envisagé par l'auteur mais dont les conséquences, du point de vue de cette étude, n'ont pas toutes été tirées. Mme Fournier les classe en trois catégories selon qu'elles concernent le nom de l'auteur, l'âge de l'objet ou son origine. Cette classification peut être reprise et synthétisée. Quatre circonstances seront ainsi retenues : le prix de la vente, la qualité et l'attitude des parties, la présentation de l'objet et, enfin, l'existence d'une stipulation de garantie.

§ 1 - L'importance du prix de vente :

48 L'influence de cet élément est double selon qu'elle s'exerce en faveur ou à l'encontre du débiteur de la somme. L'existence d'un prix élevé peut légitimement faire présumer que la considération de la qualité a déterminé l'acheteur à contracter. Le prix étant supérieur à la valeur intrinsèque et objective de l'objet vendu (pour autant que celle-ci soit déterminable), l'acheteur est en droit de croire en la réalité de la substance. Quant au vendeur, force lui est d'admettre que l'acceptation par l'acquéreur du montant de la contrepartie onéreuse résulte de sa volonté de voir dans l'objet telle qualité. De plus, l'existence du prix élevé tend à prouver que le vendeur est renseigné sur l'état d'esprit de l'acheteur. Enfin, plus généralement, dans la vente commerciale, le prix est un élément essentiel du contrat. Exception faite de la philantropie ou de l'erreur, pourquoi un contractant verserait-il volontairement une contrepartie supérieure à ce qu'il reçoit lui-même ?

Ces solutions résultent d'une jurisprudence ancienne concernant, notamment, la vente d'oeuvres d'art ce qui, comme il a été dit, ne saurait étonner (9). L'ensemble formant une jurisprudence que les décisions récentes ou actuelles ne font que confirmer. Ainsi, la Cour de Paris peut-elle, le 22 février 1950 (10), déclarer que l'acquéreur de toiles "n'a payé un prix élevé que parce que la venderesse lui certifiait l'attribution... qu'il n'eût pas payé un prix huit fois plus élevé que celui que valaient deux oeuvres anonymes". Récemment encore, le juge a utilisé le critère de l'importance du prix à l'occasion de la vente d'une automobile d'occasion (11) ; l'acquéreur, croyant que le véhicule était sorti d'usine en 1959 accepte d'en payer le prix au cours de l'Argus de cette année alors qu'il avait été fabriqué trois ans plus tôt. Le versement de ce prix plus

---

(9) - T. com. Seine 2 novembre 1881 S. 1883,2,69 ; (Ap. Agen 30 avril 1883 S. 87,1,153 ; T. civ. Bordeaux 7 janvier 1890 G.P. 90,2,19 ; Paris 28 décembre 1907 Gaz. Trib. 1908 1° Sem. 2 p. 431 ; Paris 22 janvier 1901 J. Trib. Com. 1902 p. 318.

(10) - D. 1950 p. 269.

(11) - Paris 12 décembre 1967, préc.

élevé que la normale ne peut, selon le juge, s'expliquer que par la volonté impérieuse d'acquérir un véhicule plus récent que celui qui est proposé à l'acheteur, qualité considérée comme substantielle (12).

49 Il n'est alors pas étonnant qu'à l'inverse, la faiblesse relative du prix traduise, aux yeux du juge, l'absence de volonté de recherche d'une certaine qualité, du caractère déterminant de celle-ci. Il en est ainsi lorsque "les termes même du contrat révèlent qu'il s'agissait d'une opération aléatoire, (que) ce caractère est confirmé par la modicité du prix convenu et exclut toute notion d'erreur" (13). Ces solutions résultent à l'évidence du bon sens. Commercialement parlant, l'importance du prix ne s'explique que comme le reflet de la volonté, volonté d'acquérir une qualité bien précise de la chose.

50 Cependant, d'un point de vue probatoire, le critère n'est pas de portée extrême . Le plus souvent, il n'est relevé que parmi un "faisceau d'indices" qui concourent, chacun pour leur part, à la même impression. Dans les hypothèses précitées, la disproportion du prix, par rapport à la chose vendue, apparaît comme trop inhabituelle face aux usages des professions commerciales ; elle peut alors être utilisée de façon autonome. Dans le cas contraire, il est nécessaire de recourir,également,à l'un ou plusieurs des moyens de référence à la conduite normale, admis par le juge. L'énoncé de l'arrêt de la Cour de Lyon du 18 mars 1931 (14) est devenu classique à cet égard : "L'intention des parties, et notamment celle de l'acquéreur, d'envisager l'ancienneté comme une qualité substantielle de la chose et comme la condition déterminante de l'achat, doit se déduire des circonstances de la cause... sans que le chiffre élevé du prix, ni le libellé de la quittance délivrée par le vendeur soient à eux seuls déterminants". En conséquence, un simple dépassement du prix normal ne saurait suffire à démontrer le caractère déterminant attaché par l'acquéreur à la qualité

---

(12) - Supra. n° 24 s.
(13) - A l'occasion d'une cession d'actions : Com. 16 décembre 1970 Bull. 70,4,N° 306.
(14) - D.H. 1931,276 - D. 1933,2,25 note Waline.

envisagée,"l'exagération du prix ne suffisant pas, à elle seule, à démontrer son intention d'acquérir un meuble d'époque" (15). Plus récemment, le juge a souligné son attachement à cette règle (16), à propos de la vente d'un tableau faussement attribué au peintre Magnasco, énonçant notamment "qu'en raison des fluctuations des cours des oeuvres de Magnasco passées en ventes publiques, le prix payé par Boccara n'était pas de nature à emporter la conviction".

La simple exagération du prix est donc insuffisante. Cette question de l'appréciation, en valeur relative, de l'importance du prix payé souligne, finalement, le choix judiciaire de l'appréciation in abstracto du caractère déterminant. Le prix, même simplement exagéré, est accepté par l'acheteur. Important ou non, ce dépassement traduit une volonté, le désir d'acquérir une qualité qui n'existe pas. En réalité, le juge, par des considérations d'équité, sacrifie la volonté de l'acquéreur. Cet indice ne constitue donc pas la panacée, il joue cependant un rôle primordial. Parfois, il n'est pas le seul critère concevable, ne serait-ce que par la difficulté d'apprécier la valeur de certains biens, donc de découvrir une éventuelle exagération du prix. Le juge peut alors parfois utiliser le critère de la qualité et de l'attitude des parties au contrat.

§ 2 - La qualité et l'attitude des contractants :

61 Ce double indice n'intervient généralement qu'à titre secondaire et, comme tel, n'est relevé qu'indirectement par le juge. Il est cependant aisé d'expliquer en quoi il permet d'apprécier le caractère déterminant attaché par le contractant à la qualité envisagée. Les deux éléments de ce critère n'ont pas le même contenu, l'approfondissement de l'étude de chacun d'eux est donc à effectuer de façon séparée. En schématisant à l'extrême, la qualité ne joue son rôle que dans deux de ses formes selon qu'elle consiste dans la qualité de professionnel ou dans celle d'amateur.

---

(15) - T.G.I. Dijon 21 décembre 1964 J.C.P. 65 IV IR p. 104.
(16) - Civ. 1° 26 janvier 1972 préc.

52 Qualité de professionnel : l'esprit évoque immédiatement certaines exigences. L'intéressé voit généralement ses obligations accrues par sa situation (17) mais, en l'occurrence, il bénéficie d'un traitement de faveur, bien que limité, comme il sera vu. Le professionnel qui traite dans le cadre de ses affaires poursuit une certaine finalité. Ses achats sont liés aux nécessités de son commerce. Son contractant ne saurait, de lui-même, être astreint à connaître les besoins très spécifiques du professionnel. Cependant, en général, se crée une commune opinion proche de celle qu'évoquaient MM. Aubry et Rau. Quel en est le contenu ?

Aucun individu , même profane, ne saurait ignorer les exigences générales d'une activité commerciale quelle qu'elle soit. Le degré de connaissance varie à l'infini selon les espèces ; il revient au juge d'en préciser, cas par cas, l'amplitude. Malgré tout, un principe général de bon sens peut être exprimé : le degré de connaissance d'un contractant par l'autre partie dépend de l'importance de la spécificité de l'activité du professionnel avec qui elle traite. Quelques exemples illustreront ce propos. Le simple fait qu'un antiquaire, agissant en cette qualité, achète un meuble, un tableau,permet légitimement de penser qu'il n'effectue cet achat qu'en considération de l'ancienneté, de l'authenticité, du caractère d'époque du bien. Un commerçant ne réalise normalement un achat qu'en vue de son commerce, cette vérité d'évidence trouve un large domaine d'application que seule limitent l'imagination et le principe précité. Il suffit, pour s'en rendre compte, de supposer l'hypothèse d'un commerçant qui acquiert un bien en imaginant, à tort, qu'il possède certaines caractéristiques, erreur qui l'empêche de pouvoir utiliser commercialement cette chose. Le juge utilise,relativement souvent,le critère de présomption de connaissance du commerçant, contribuant ainsi à établir,peu à peu,un véritable statut juridique du professionnel de la vente (18).

---

(17) - Cf infra : vices cachés, dol, obligation de renseignements...

(18) - En matière d'oeuvres d'art, voir notamment toute la jurisprudence citée par Mme Fournier p. 2261 et notamment : Orléans 21 janvier 1931 D.H. 1931, p. 172 qui, relevant que l'acheteur est amateur d'antiquités, note "qu'il n'est entré en relations avec le vendeur qu'en raison de cette qualité" ajoutant que "le vendeur se prétend lui même amateur", elle en déduit que "l'authenticité de la chose vendue était incontestablement substantielle".

53 Qualité d'amateur ensuite, s'opposant à la situation de professionnel. Il est a priori plus délicat d'imaginer le rôle que pourrait jouer cette condition de l'acquéreur. Force est d'ailleurs à l'observateur de reconnaître que les hypothèses sont marginales et rarement relevées par le juge. Cette appréciation du caractère déterminant de l'erreur suppose un contrat conclu entre un non profesionnel et un professionnel. L'amateur s'est adressé à un spécialiste pour acquérir le bien. Cela implique souvent, mais non nécessairement, sa volonté d'acquérir une chose possédant des qualités que seul le professionnel est en mesure de lui fournir par sa compétence, par l'organisation de ses services. Cette précaution est considérée comme concluante par l'acheteur. A l'inverse, le professionnel, qui est dans une position passive doit s'attendre à ce que l'on recherche chez lui certains produits pourvus de qualités précises (19) quand bien même son commerce porte sur des produits ne présentant pas cette qualité (20). Le rôle de la qualité des parties est donc un critère certain. Il convient,cependant,de remarquer qu'il reste limité dans l'application de l'article 1110 du code civil. Il en est sensiblement de même pour le second élément du critère général de la situation des contractants : l'attitude des parties du contrat, tant avant qu'après sa conclusion.

54 Les pourparlers sont, avant la conclusion du contrat, une période privilégiée dans la détermination de la volonté commune des parties mais ils permettent également de révéler les intentions propres d'un contractant. Il est donc naturel que le juge examine cette période, en vue d'y rechercher ce qui aurait pu traduire la volonté de l'acquéreur de s'attacher à une ou plusieurs qualités substantielles de la chose mise en vente. Sont ainsi retenus les propos émis par l'acheteur exprimant, même indirectement,son souci d'acquérir tel élément de la chose, son attention à examiner l'objet ou plus généralement, toute attitude expressive de cette volonté. L'acquéreur peut ensuite avoir

---

(19) - C. Ap. Bordeaux 13 novembre 1905 D. 1908,2,287 ; T. civ. Seine Seine 5 janvier 1911 Gaz. Trib. 1911 1° sem,2,237.

(20) - Rouen 15 juillet 1911 D 1912,2,367 ; Rennes 17 juin 1929 G.P. 29,2,397.

expressément fait connaître cette qualité. Sa situation concerne, en fait, l'étude de la troisième condition de l'erreur, son caractère "connu". Le contractant peut aussi s'exprimer de manière indirecte. L'échange d'une correspondance est, à cet égard, un indice particulièrement probant (21). Le plus souvent, les documents, lettres, bons de commande, appels téléphoniques... sont acceptés par leur destinataire, le vendeur. Il n'est,cependant, pas inutile d'envisager les hypothèses, même marginales, dans lesquelles le vendeur les ayant reçus ne les a pas compris comme exprimant cette volonté d'attacher un caractère déterminant à la chose ou n'en a pas réellement pris connaissance. Il n'y a pas confusion avec la troisième condition de l'erreur. A l'inverse, l'existence d'une correspondance émanant, cette fois, du vendeur de l'objet, a un effet probatoire en faveur ou contre l'acquéreur selon que le vendeur a ou non reconnu l'importance attachée par l'acquéreur à la qualité (22).

55 Plus généralement, l'attitude du vendeur joue un rôle parallèle à celle de l'acquéreur. Toute la question se résume à une appréciation judiciaire des circonstances de l'espèce. Sont donc tantôt retenus, tantôt écartés,ses propos, son attitude,c'est-à-dire l'impression qu'il laisse à l'acheteur et, il faut le dire, au juge. Ce dernier considère même ses agissements de mauvaise foi qui, éventuellement, donnent lieu à application des textes réprimant le dol et l'escroquerie. Il est impossible de définir de façon précise et exhaustive l'ensemble de ces indices apparaissant avant la conclusion du contrat. Cette observation n'est nullement un constat d'échec car la considération de ces éléments traduit le souci du juge de vérité intellectuelle ; elle résulte essentiellement de l'infinie variété des situations contractuelles. Solution qui a, certes, l'inconvénient de l'incertitude juridique mais qui, à l'inverse, accorde une grande souplesse aux décisions jurisprudentielles. Les mêmes réponses se déduisent de l'examen des circonstances postérieures à la conclusion du contrat.

(21) - Paris 7 mars 1917 G.P. 1916 17 p. 583 ; T. civ. Seine 21 février 1973 Gaz. Trib. 1913 1° sem. 2,306.
(22) Marthe Fournier, op. cit. p. 240.

56 Pour les raisons précédemment citées, seuls quelques exemples caractéristiques traduisant la volonté de l'acheteur sont citer. Ces indices post-contractuels se rapportent, le plus généralement, à l'attitude de l'acquéreur. Il peut a priori paraître surprenant de retenir, pour l'application de l'article 1110, ces faits : la notion même de vice du consentement suppose, par définition, une altération de la volonté antérieure ou concomitante à la conclusion du contrat. Ainsi, autant les indices antérieurs au contrat peuvent-ils relever de l'erreur, autant il semble logique de ramener l'étude des circonstances postérieures au contrat à d'autres techniques, notamment à la théorie des vices cachés.

Cette opinion correspond, cependant, à une vue erronée de la situation. Les indices relevés à cette occasion ne le sont que pour permettre d'extérioriser une volonté interne. Celle-ci ne correspond pas à la réalité et l'erreur préexiste au contrat. Le désir de trouver dans la chose des éléments qualificatifs bien précis et qui incite à la conclusion n'apparaît à la réalité qu'après la passation de l'acte juridique. Peuvent ainsi être retenus par le juge : la joie particulièrement exubérante manifestée par l'acheteur après la vente (23) ou encore le fait que, pris de doutes, il soumette la chose à un expert, démarche démontrant qu'il acquiert l'objet pour ses qualités (24), le fait d'émettre de vives protestations à la suite de doutes émis par un tiers ou, plus simplement, l'utilisation qu'il entend faire de l'objet. On peut songer au simple fait de vouloir ajouter une pièce ancienne à une collection, de vouloir utiliser le matériau acquis à une construction déterminée et spécifique..etc...

57 L'attitude du vendeur, par contre, n'apportera que peu d'indices susceptibles d'éclairer le juge. Son rôle, ses relations avec le bien, cessent, le plus souvent, avec la conclusion du contrat. Une attitude passive et inexploitable est de règle. Mme Fournier cite

---

(23) - Marthe Fournier, op. cit. p. 252.
(24) - Com. 18 juillet 1956 Bull. 1956 IV n° 220 p. 189 : le caractère déterminant de l'erreur est confirmé par "sa (l'acquéreur) réaction immédiate lorsqu'il a eu révélation du défaut".

cependant la possibilité de relever son absence de critiques aux doutes émis par l'acheteur. L'aspect limité de cette intervention n'augure malheureusement qu'une utilisation limitée de cet indice. Une remarque finale relative à ces faits postérieurs à la conclusion de la vente s'impose. Ces circonstances ne sont retenues uniquement que parmi un "faisceau d'indices", pour reprendre un terme de la jurisprudence administrative. Pris isolément , ils ne peuvent qu'être inopérants,étant donné que la troisième condition de l'erreur, son caractère connu, ne peut absolument pas être remplie. Le caractère déterminant étant impossible à connaître, il ne peut être rattaché à l'objet du contrat. Aussi,et c'est le cas de la présentation de l'objet, l'utilisation complémentaire d'autres circonstances est-elle utile.

§ 3 - L'aspect et la présentation de l'objet :

50 L'étude des deux premières classes de circonstances montre, si besoin est, que le contractant se détermine avec une certaine facilité à la vente sur une simple apparence. Un cheminement psychologique, le plus souvent obscur et inconscient,conduit l'acquéreur, et ceci plus encore s'il est inexpérimenté, à attribuer à la chose des qualités qu'elle n'a pas. Les impressions visuelles sont parmi les plus fortes, le rôle de la présentation et de l'aspect de la chose est primordial. "Il est raisonnable, précise Mme Fournier (25), dans bien des cas, de présumer que l'acquéreur a été déterminé à contracter soit par cette apparence de l'objet, soit par les circonstances de sa présentation".

L'arrangement de l'objet, sa mise en valeur, son exposition peuvent s'effectuer de mille façons variées. Quelles qu'elles soient, elles conduisent l'acquéreur à donner, de lui-même, un contenu bien précis à la substance de cet objet. Plusieurs hypothèses peuvent être citées, à titre d'exemples car les difficultés soulevées sont, ici encore, de pur fait. La question revient pour le juge à tirer des

(25) Op. cit, p. 224.

faits les circonstances qui sont suffisamment caractérisées pour dé voiler l'intention de l'acheteur. Ces exemples se voient d'ailleurs appliquer une limite de taille : la présentation de l'objet est, le plus souvent, le fait du vendeur. Si une intention de tromper peut lui être reprochée, l'application des textes concernant notamment le dol, la fraude, l'escroquerie sera fréquente, étant donné leur sou plesse d'utilisation. Malgré cela, en limitant ces exemples au domaine de l'article 1110, la variété des situations reste frappante.

59 Les premières hypothèses concernent l'apparence globale de l'objet,c'est-à-dire sa configuration d'ensemble comme,par exemple, l'aspect d'un bureau qui, neuf, n'aurait eu aucune valeur (26), l'aspect de la peinture et de la patine d'un tableau (27). Plus que jamais, ici,l'exigence du caractère excusable de l'erreur,ainsi que son appréciation in abstracto,trouvent à s'appliquer car le juge doit comprendre et admettre l'erreur commise. D'autres décisions qui ne constituent qu'une variante des premières relèvent l'existence sur l'objet d'une caractéristique de l'époque pour un objet ancien (28) ou l'existence d'un élément qui permet, par exemple, de supposer une utilisation éventuelle de l'objet à des fins bien précises (29). Enfin,les dernières décisions concernent le mode de présentation de l'objet, qui sans être volontairement trompeur, induit l'acheteur en erreur (30)

---

(26) - Bordeaux 17 mars 1910, Le droit, 9 novembre 1910.

(27) - Rennes 17 juin 1929 G.P. 22,2,397 : "il n'était pas jusqu'au cadre, d'un style plutôt antérieur à l'époque de la toile, et dans un certain état de vétusté qui concourut, authentique ou imité, à dater l'oeuvre, aux yeux d'un examinateur même attentif et même averti" ; T.G.I. Seine 14 octobre 1970 D 65 Som 30-G.P. 30 novembre 1965 (vente d'une jument pleine) ; Civ. 1° 23 février 1970, préc.

(28) - Bayonne 21 juillet 1903 Gaz. Trib. 1904, 1° Sem,2,59 (existence de poinçons sur une bonbonnière) ; T.G.I. Seine 7 novembre 1966 G.P. 66,2,339 note G.P. (vente de "sièges habilement conçus à partir d'éléments d'époque") ; Civ. 1° 23 février 1970 préc.

(29) - T.G.I. Montbrison 24 juin 1964, préc. (inaptitude à la course d'un cheval qualifié, après examen, de trotteur).

(30) - Rennes 17 juin 1929 G.P. 29,2,397 (objet de peu de valeur placé en exposition parmi une série d'objets précieux).

Les ventes sur catalogues sont, en pratique, l'occasion de nombreuses erreurs dues à la présentation, le dol du vendeur n'est d'ailleurs pas toujours incertain mais habile. L'existence d'un droit de repentir traduit, comme il sera vu, le souci d'éviter toute complication judiciaire. D'une façon générale, la causalité ainsi établie par le juge entre l'apparence et la psychologie individuelle est caractéristique ; elle est très proche de l'erreur ex re ipsa que le juge désavoue officiellement mais reste très protectrice, si les circonstances l'autorisent, de la volonté individuelle. L'existence d'une stipulation de garantie complète le catalogue des divers indices relevés dans cette vue.

§ 4 - L'existence d'une stipulation de garantie :

60 L'intitulé du paragraphe ne doit pas tromper. La stipulation d'une garantie est ici envisagée dans son existence et non dans son contenu. A l'occasion d'une vente, l'acheteur obtient l'inclusion d'une telle clause au contrat.La volonté du contractant de compléter ainsi l'acte traduit une certaine opinion, une croyance en l'existence de la qualité ainsi garantie. Cette simple démarche ou, mieux, le fait pour l'acquéreur de savoir, sans l'avoir exigée, que cette garantie existe, permet de présumer qu'il attache une grande importance à l'objet de la garantie, que celui-ci l'a déterminé au contrat. Il ne s'agit donc pas de rechercher quels sont les effets juridiques de la clause quant aux ogligations respectives des contractants, notamment du vendeur. Cet examen relève de l'étude d'une autre condition de l'erreur : son caractère "connu".

61 Le raisonnement judiciaire relève ici de l'évidence : pourquoi réclamer ce à quoi on ne tient pas ! (31). Certaines limites relatives au degré d'intention de l'acquéreur doivent cependant préciser cette logique élémentaire. Les premières concernent le caractère essentiel de la stipulation dans le cadre contractuel. Admettre

(31) - Civ. 1° 26 mai 1965 préc. (mention "authentique" insérée à l'occasion de la vente d'un tableau).

que la qualité soit déterminante du consentement suppose que la conclusion du contrat soit subordonnée à l'existence de la garantie, car, si la stipulation a un contenu accessoire, son objet l'est également le plus souvent. La nature de la sanction de la garantie, son intensité sont les éléments les plus révélateurs à cet égard. La sanction doit être suffisamment énergique pour traduire, proportionnellement, l'attachement du bénéficiaire à son exécution. La nullité du contrat, encourue pour inexécution de la garantie, en constitue l'exemple type.

62 D'autres retrictions sont concevables qui faussent la situation initiale. Elles concernent la question, beaucoup plus vaste, de la relation entre la volonté et le contenu du contrat, difficulté qui présente un double aspect. Tout d'abord, bien qu'ayant souhaité l'insertion de la clause de garantie au contrat, le contractant n'a pu l'obtenir, ceci généralement pour des motifs liés à sa situation économique (32). Le raisonnement a contrario, consistant à exclure le caractère déterminant de la qualité en l'absence d'une telle stipulation, ne peut donc avoir qu'une valeur relative. Il peut être utilisé lorsque l'acheteur, ayant été en mesure, économiquement parlant, d'exiger cette garantie, a négligé ou refusé de le faire. Cette attitude jurisprudentielle est particulièrement remarquable dans les hypothèses de ventes où il est d'usage d'insérer ces clauses (oeuvres d'art, gros matériel industriel, marchandises coûteuses...) (33). Il est, à l'inverse, concevable que la clause existe au contrat alors même que l'acquéreur n'a pas demandé son insertion. Cette pratique de plus en plus fréquente est celle des clauses de style, des bons de garantie préétablis. Dans nombre de ventes commerciales, les clauses de garantie sont monnaie courante (oeuvres d'art, électro-ménager, produits manufacturés...) et la passivité de l'acquéreur n'est à cet égard plus à démontrer. La liaison entre ces clauses et la volonté interne du contractant est inexistante. Aucune conséquence relative au caractère

---

(32) - Infra n° 403.
(33) - Civ. 1° 26 mai 1965, préc. ; T. com. Le Havre 7 novembre 1967 Rec. du Havre, 1968, 1, 42.

déterminant de l'erreur ne peut en être tirée. Sous des réserves bien précisées, l'indice concernant l'existence d'une telle clause présente une certaine autonomie et le juge la relève systématiquement (34).

Le juge reste soucieux de vérité dans la détermination de cette condition de l'erreur, aussi,établit-il un catalogue maxima des circonstances qui peuvent l'établir. Certaines, tel le niveau du prix ou l'existence d'une garantie, ont une puissance particulière mais que renforcent certainement et utilement les autres critères. L'erreur déterminante ainsi établie ne doit pas être inexcusable.

SECTION 2 - Le caractère inexcusable de l'erreur.

63 La situation apparaît en ces termes : le juge peut-il refuser de prononcer la nullité s'il estime que l'erreur commise par le demandeur en nullité n'est pas excusable, c'est-à-dire si ce dernier a commis une faute, quand bien même il a simplement fait preuve de négligence et de légèreté ? M. Dabin (35) propose cette définition : "elle est l'erreur lourde sans aucune excuse" précisant que "l'erreur inexcusable est celle qui, au regard d'une science et d'une vigilence normales, ne trouve aucune excuse dans les circonstances de fait, objectives ou subjectives (par exemple, l'expérience ou l'âge du sujet) où elle a été commise" en précisant la nécessité d'apprécier sévèrement l'attitude du professionnel.

64 Cette définition doit être précisée mais il convient de signaler que l'étude de cette condition est récente. Jusqu'à ces quinze dernières années, il est possible d'affirmer qu'elle est restée totalement ignorée,tant par la pratique judiciaire (36) que la doctrine.

---

(34) - Malinvaud, chron. préc. n° 9 p. 216.
(35) - Jean Dabin, Etudes de droit civil, Bruxelles 1947 p. 31, 48, 49.
(36) - Cf. quelques rares décisions : Besançon 1° mars 1864 D.P. 64,2, 61 ; Paris 30 juin 1866 D.P. 74,2,182, 3° esp ; Aix en Provence 8 avril 1898 D.P. 1909,2,367 ; Lyon 23 octobre 1931, Mon. Jud. Lyon, 1932,1170 ; Dabin, op. cit. n° 3.

Les rares auteurs qui en admettaient l'existence (37) ne citaient, souvent, à l'appui de leurs assertions, que des décisions étrangères au sujet. D'ailleurs,aucune d'entre elles ne pose fermement et expressément le principe selon lequel l'erreur inexcusable ne peut justifier l'annulation. M. Ghestin interprète, fort justement, l'évolution vers l'admission de ce concept comme résultant de la renonciation à une interprétation littérale de l'article 1110 ainsi qu'au développement considérable de la responsabilité qui a conduit le juge à trancher la plupart des questions juridiques par la faute civile. Le souci constant du juge de moraliser les relations commerciales s'y ajoute. En l'occurrence,si la volonté individuelle doit être protégée, ce souci ne doit pas conduire à permettre à la victime de l'erreur de tirer avantage d'une conduite fautive.

65 Quoi qu'il en soit, le résultat est qu'actuellement, et depuis une quinzaine d'années, la nullité ne peut indiscutablement être prononcée lorsque l'erreur est inexcusable. La formule, créée indirectement en 1949 (38), est constamment reprise par le juge. A l'occasion de la vente commerciale, cependant, la solution admise ne va pas de soi. Jusqu'à présent, en effet, cette étude se situe au plan de la défense de l'intégrité de la volonté individuelle, de la protection de la victime. Que constate-t-on d'un point de vue logique ? L'erreur, pourtant jugée inexcusable reste une erreur,c'est-à-dire une atteinte au consentement. L'admission de la notion étudiée conduit donc à

---

(37) - Obs. fort pertinentes Ghestin, th. préc. n° 120 p. 148 ; Contra : Larombière, Théorie et pratique des obligations, 1857, t. 1, n° 6 p. 49.

(38) - T. civ. Vitré 23 décembre 1949 G.P. 51,1,27 ; Pour la vente : Civ. 3° 18 juillet 1956 Bull. III n° 220 ; Amiens 30 novembre 1954 D 55 J 420 note Gabolde ; Civ. 1° 27 février 1957 Bull. I n° 104 ; Civ. 1° 29 juin 1959 Bull. I n° 330 ; Civ. 1° 2 Mars 1964 Bull. I n° 122 - R.D.Civ. 65 p. 112, obs. Chevallier ; Civ. 3° 9 octobre 1969 Bull. III 479 ; Douai 1° juin 1967, préc ; T.G.I. Fontainebleau 9 décembre 1970 D.72 J. 89 note Ghestin - R.D.Civ. 72, 386 note Loussouarn ; T.G.I. Bourges 20 janvier 1972 J.C.P. 72 II 17075 obs. Delpech.

sacrifier le caractère entier de la volonté. Une certaine doctrine, qu'exprime déjà Laurent, tire les conséquences logiques de l'autonomie de la volonté, écartant ainsi la notion limitative d'erreur inexcusable (39):"que l'ignorance soit grossière ou non, qu'importe ? Si elle a produit une erreur substantielle, cela suffit pour que le consentement soit vicié... le juge n'a qu'une chose à examiner : le consentement des parties contractantes est-il vicié ou non ? Y a-t-il erreur ou n'y en a-t-il pas" ? Cette position ne saurait actuellement être soutenue,tant pas son caractère excessif qu'en ce qu'elle ne correspond plus à l'état du droit positif.

66 Il en résulte, cependant, que l'illogisme apparent de la situation nécessite sa restructuration, opération qui influe sur la conception même de l'erreur. Il ne s'agit pas de sanctionner systématiquement toute erreur commise à l'occasion d'un contrat mais de protéger un individu qui s'est trompé parce qu'il le mérite. Contrairement à l'opinion d'auteurs contemporains, il est fictif de vouloir rattacher ces solutions à la responsabilité civile (40). Cette doctrine considère que si l'erreur vient de la faute de la victime, celle-ci a la charge d'en réparer le préjudice. Or,la réparation la plus adéquate n'est-elle pas le maintien du contrat ? M. Dabin a souligné (41) avec beaucoup d'exactitude, les défauts de cette opinion ; le principal argument étant logique : il ne peut y avoir préjudice que s'il y a annulation ! Le juge n'a d'ailleurs jamais recouru à cette technique.

En réalité, la notion d'erreur inexcusable se rattache au concept même d'erreur au sens de l'article 1110,tel que l'entend la jurisprudence. Cette notion n'est pas un obstacle négatif à l'application normale du texte. Elle constitue, en réalité, un élément constitutif de l'erreur. Pour être source de nullité, elle doit être excusable ou,plutôt,non inexcusable. Cette condition, récente, est encore

---

(39) - Laurent, t. XV, n° 509, p. 585.
(40) - Georges Dereux, De l'interprétation des actes juridiques privés, th. Paris 1905, p. 224 ; Josserand, Mobiles, n° 64 ; Planiol et Ripert par Esmein n° 179 ; Ripert et Boulanger ; t. II, n° 172 ; Mazeaud par de Juglart, n° 175.
(41) - Op. cit.,n° 6 p. 38.

mal dégagée mais,comme quelques auteurs l'ont pressenti(42), l'erreur est le moyen de protection d'une victime méritant d'être protégée. La fonction sociale de l'erreur transparaît donc déjà mais l'importance de ce rôle ne doit pas être ignorée. Cette précision permet seule de justifier les décisions en la matière.

67 L'erreur inexcusable admise, il convient d'en donner succintement le critère. La difficulté apparaît dans la détermination de la gravité nécessaire de la faute de la victime. Faut-il, comme M. Dabin, exclure toute différence entre l'erreur volontaire et l'erreur involontaire, cette dernière consistant dans le simple refus de s'informer (43), alors que d'autres exigent une faute grossière (44)? Dans son ensemble, la doctrine contemporaine se suffit d'une simple négligence de la victime (45). En réalité, l'appréciation de la gravité de la faute de la victime est secondaire dans la détermination du caractère inexcusable de l'erreur. S'il est admis que l'article 1110 protège une victime qui mérite de l'être, ce texte ne peut s'appliquer à une personne qui, ayant commis une faute, entend s'en prévaloir (46). L'erreur inexcusable se confond avec la faute de la victime appréciée moralement, conception qui se rattache aisément au nouveau rôle imparti à l'erreur.

68 Les applications jurisprudentielles sont variées mais rares. La méthode judiciaire est apparemment simple puisque, le plus souvent, le juge ne recherche pas si l'erreur est inexcusable mais, les autres conditions étant admises, si certaines circonstances n'en empêchent pas l'application. La démarche du juge est, en réalité,

---

(42) - Dabin, op. cit. n° 6 ; Ghestin, th. Préc. n° 132 ; Ripert, Règle morale n° 41 ; Boulanger, n° 61 : "L'erreur qui est une sorte d'accident dans la vie intellectuelle n'appelle pas normalement de qualification morale. La morale n'a à intervenir que lorsqu'on peut reprocher à une personne d'avoir commis une erreur. Et c'est alors qu'on parle d'erreur inexcusable".
(43) - Op. cit. p. 48.
(44) - Fréjaville, Cours, 1959-60 p. 135.
(45) - Ripert et Boulanger p. 74 ; Planiol et Ripert par Esmein p.214.
(46) - Civ. 1° 29 juin 1959 préc.

plus complexe et d'ailleurs fort juste. L'erreur est un fait psychologique qu'il appartient au demandeur de démontrer. La victime, pour cela, invoque des faits qui la prouvent en l'extériorisant. Si une faute peut lui être reprochée à cette occasion, le juge en déduit le caractère inexcusable de l'erreur. Dans le domaine des ventes commerciales, de nombreuses circonstances tenant largement à la situation objective du demandeur ou aux conditions de conclusion du contrat, sont relevées pour faire échec aux sanctions de l'article 1110.

69 La première classe comprend les décisions déduisant le caractère inexcusable des circonstances qui entourent la conclusion du contrat (47). La victime de l'erreur a failli aux obligations normales d'un contractant. Il existe un véritable devoir de s'informer avant de contracter, ne serait-ce que pour faire connnaître à l'autre partie ses intentions. Cette omission,si elle est cause de l'erreur est la raison de l'échec de l'action. Cependant,cette faute doit être admise par le juge qui analyse ainsi, de façon effective et concrète, le comportement du demandeur (48). Aussi, lorsque, selon la situation, cette obligation de s'informer est particulièrement impérieuse, le juge en sanctionne t-il l'inexécution fautive (49).

---

(47) - Civ. 1° 26 mai 1965 préc. : après avoir annulé une vente de tableaux pour erreur sur l'authenticité, le juge peut, sans se contredire, rejeter la demande de dommages-intérêts de l'acheteur au motif qu'il lui appartenait, en sa qualité de marchand de tableaux, de prendre toutes précautions avant son achat ; Civ. 1° 11 octobre 1966 préc. : l'obligation de se renseigner peut être très large puisqu'en l'espèce, le juge, à l'occasion d'une vente de semences de betterave retient la faute lourde de l'intéressé qui ne s'est pas "assuré de la qualité du produit mis en vente par le seul moyen véritablement sûr" (en l'occurrence des semis) de la qualité des produits. Il est vrai qu'en l'espèce le moyen proposé constitue une charge particulièrement exorbitante des usages commerciaux.

(48) - Civ. 1° 12 novembre 1957 Bull. I n° 428.

(49) - Civ. 1° 26 mai 1965 préc. ; Civ. 1° 11 octobre 1966, préc. ; Douai 1° juin 1967 préc. ; Civ. 3° 9 octobre 1969 préc.

Certains auteurs (50) persistent à limiter le domaine de l'erreur inexcusable à ce premier aspect,c'est-à-dire la sanction de l'inexécution d'une obligation de s'informer. Elle est certes importante mais surtout d'un point de vue historique. Cet aspect est le premier apparu, permettant le développement de ce concept. En ce sens, Pothier a pu déclarer (51) : "Une personne n'est pas recevable à alléguer l'ignorance de son propre fait ou de quelque autre chose dont il lui a été facile de s'informer". Les premières décisions relevées concernent l'erreur de droit, le défaut d'information sur l'état de la législation étant constitutive d'une "grave négligence" (52).

70 Mais la jurisprudence récente suit, parallèlement, une tendance différente et singulièrement renforcée, ceci notamment dans la matière des ventes commerciales. La considération de la qualité de la victime conduit invariablement le juge à en tirer des conséquences, habitude qui, peu à peu, prend les allures d'une présomption. Le professionnel, qualificatif retenu dans son sens le plus large, voit encore son sort défavorisé. Il est présumé posséder un ensemble de connaissances et de compétence lui autorisant, pour ne pas dire lui imposant, un choix éclairé. Son erreur ne sera que rarement admise et le voici, peu à peu, admis au rang des êtres quasi infaillibles, du droit tout au moins. Le juge, bien évidemment, n'édicte pas cette affirmation telle quelle. La bonne foi en est la traduction juridique, ce concept étant entendu avec souplesse : le juge considère soit que le professionnel se fait paraître plus stupide qu'il n'est réellement, soit qu'il fait preuve d'une négligence coupable assimilable à la mauvaise foi. Bien entendu, parmi les éléments objectifs de référence à cette mauvaise foi, le juge tient compte de l'expérience, du degré de spécialisation du demandeur. "En particulier, précise M. Ghestin (53), l'erreur commise par des professionnels avertis, dans un domaine concernant leur activité spécialisée, sera plus facilement jugée inex-

---

(50) - Starck, n° 1353.
(51) - Traité de procédure civile, t. IV p. 175 (Dupin).
(52) - Besançon 1° mars 1864 D.P. 64,2,61 (solution toujours applicable) ; Douai 1° juin 1967 préc.
(53) - Encycl. civ, V° erreur, n° 37.

cusable". Le juge peut ainsi relever, à l'occasion de la vente d'un tableau s'avérant ultérieurement faux, que l'acheteur "amateur d'art, appartenant à un milieu social élevé ne pouvait ignorer que la mention "signé Courbet" ne s'appliquait qu'à la matérialité de la signature figurant sur le tableau et que la mention "attribué à Courbet", si elle rendait vraisemblable l'identité du peintre, auteur du tableau, n'en laissait pas moins subsister un doute sur cette identité" (54).

Il est, par ailleurs, d'autant plus aisé au juge de découvrir le caractère inexcusable de l'erreur que le demandeur exerce une profession exigeant de lui certaines connaissances. Au-delà des seuls acquis prouvés, de l'expérience qu'il s'agit de démontrer, la simple constatation de la situation professionnelle suffit à obliger l'intéressé à une prudence redoublée, sinon, le juge est sans indulgence. Il est à noter que le refus de l'appréciation in abstracto, donc par référence à un homme normalement avisé, défavorise le demandeur puisqu'il est tenu compte de son expérience présumée. Le professionnel du commerce d'oeuvres d'art reste toujours le plus concerné. Les décisions relèvent ainsi la qualité d'antiquaire (55), de "marchand de tableaux" (56) ou encore de "gérant d'une galerie de peinture" (57), pour en tirer les conséquences. En fait, tout professionnel peut être concerné dès lors que son erreur est commise dans le cadre de sa spécialisation et plus le métier exercé exige, normalement, en compétence et en connaissance, plus l'intéressé voit le domaine de l'excusabilité se réduire. Le Tribunal de Grande Instance d'Argentan (58), à l'occasion de la vente d'un véhicule gagé, note ainsi que "Boulard, vendeur professionnel, se devait d'instruire Decamp des conditions dans lesquelles il contractait, qu'il devait donc se renseigner lui-même avant la tractation sur l'existence éventuelle d'une inscription de gage et qu'en ne le faisant pas, Boulard a commis une imprudence fautive à l'origine

(54) - Civ. 1° 16 décembre 1964 préc. ; par analogie : Civ. 3° 9 décembre 1969 Bull. III, 479 (référence faite par le juge aux connaissances particulières d'un acheteur aux "affaires de la construction").
(55) Dijon 21 décembre 1964, préc.
(56) Civ. 1° 26 Mai 1965, préc.
(57) T.G.I. Paris 30 novembre 1967, préc.
(58) 1° octobre 1970, préc.

de l'erreur de Decamp et du préjudice subi par ce dernier".

Le juge se sent mal à l'aise face à ce raisonnement qui, s'il reste conforme au bon sens et à l'équité, n'en constitue pas moins une présomption créée de toutes pièces. Aussi,n'est-il pas étonnant qu'il éprouve le besoin de souligner les obligations qui résultent logiquement de l'exercice d'une profession. Cette juris prudence est bien établie comme le montre un récent arrêt du 4 juillet 1973 (59) : la société Karim, exploitant une entreprise de confection de vêtements féminins, commande à la société Ten Cate, du tissu destiné à sa fabrication. Celle-ci lui ayant, en fait, livré du tissu d'ameublement, elle l'assigne en nullité du contrat pour erreur. La Cour de Cassation retient que la Cour d'Appel peut, à bon droit, l'écarter en retenant, entre autres circonstances, que Karim est une société professionnelle de la confection.

71 Cet état de la question n'est complet que si certaines remarques complémentaires sont faites. A cet égard, il convient de noter que si le juge n'hésite pas à tirer les conséquences de l'expérience et de la spécialisation du demandeur, parallèlement, et dans le même sens, il relève l'éventuelle inexpérience de son contractant. Cette circonstance paraît nous éloigner de l'erreur inexcusable. Il n'en est rien ; le juge ne la souligne que lorsqu'elle fait défaut. Quand son existence est trop évidente, le magistrat éprouve le besoin de la montrer(60), alors que sa démarche est habituellement inverse et consiste avant tout dans une attitude négative : la recherche du caractère inexcusable de l'erreur. Enfin, il convient de préciser que si l'erreur est provoquée ou favorisée par la déloyauté de l'autre partie, elle a toujours un caractère excusable.

72 Souci de protection du défendeur ou sanction d'une faute ? Il semble que les deux considérations se mêlent étroitement dans le régime de l'erreur inexcusable. Cette notion, par son principe même, est certainement une atteinte à l'intégrité du consentement si l'on

---

(59) - Préc.
(60) - Douai 1° juin 1967, préc. ; Civ. 1° 25 janvier 1965, préc.

suit la logique de l'autonomie de la volonté. Mais,ce concept a permis d'entrevoir le rôle réel de l'erreur, vice du consentement, conception qui apparaît également à l'étude de la dernière condition de l'erreur, son caractère connu.

SECTION 3 - Le caractère connu de l'erreur :

73 Cette condition pose ainsi le problème : le défendeur doit-il avoir connu la qualité déterminante dans l'esprit de l'acquéreur ? La jurisprudence répond par l'affirmative : à défaut la nullité ne pourra être prononcée. Si l'exigence de cette condition est certaine, son contenu est longtemps resté incompris. La question posée par les auteurs classiques consiste à savoir si l'erreur doit ou non être partagée. Cette doctrine reconnaît l'injustice de l'annulation quand le défendeur, de mauvaise foi, n'a pas fait connaître la qualité désirée mais l'article 1110 n'exigeant pas une double faute, l'annulation reste possible, quitte à condamner le demandeur, sur le fondement de la responsabilité civile,à réparer le dommage causé par sa faute (61).

En réalité, la mauvaise foi n'est pas une condition de l'erreur et l'alternative est la suivante : soit le défendeur connaissait la qualité, son importance déterminante et savait son absence dans la chose vendue, auquel cas il encourt,par sa déloyauté la sanction du dol, soit il ignorait le défaut de la qualité convenue et l'erreur est réellement commune, terme utilisé par commodité. C'est à propos de ce second élément de l'alternative qu'apparaît l'exigence de la connaissance de la qualité déterminante (62). Cette condition est indiscutée tant en doctrine qu'en jurisprudence actuelles (63).

74 Quelle peut être la raison d'être de cette condition ? En fait, deux situations sont à envisager : si le demandeur est de

(61) - Ghestin, Encycl. dr. civ., V° Erreur, n° 39.
(62) - T.G.I. Paris 13 décembre 1972, préc. (condition que le juge relève, laconiquement, comme allant de soi).
(63) - Starck n° 1326 1327 ; Frejaville, Cours p. 135 ; Rouast, 1944-45, p. 153 ; T.G.I. Paris 13 décembre 1972, préc.

bonne foi lorsqu'il agit, le défendeur n'a pas à supporter les conséquences de la légèreté donc du caractère inexcusable de son erreur : si, par contre, il est de mauvaise foi, cette condition permettrait d'éviter à un contractant peu scrupuleux de se libérer trop aisément de ses obligations. Il n'en reste pas moins que, du point de vue de la protection individuelle du consentement, l'erreur vicie le consentement. De nombreux auteurs, tel M. Boulanger, ont souligné cette conséquence logique de l'autonomie de la volonté : "Chaque volonté doit être appréciée en elle-même ; s'il apparaît qu'une volonté a été viciée par une erreur substantielle, il y a une raison suffisante pour annuler le contrat". Cette position ne peut être admise. Il est nécessaire de tenir compte du comportement de la victime de l'erreur, et ici,à nouveau, intervient le concept d'erreur inexcusable, fondé, juridiquement,sur le principe de bonne foi. Les mêmes raisons réapparaissent ici et les conclusions doivent être identiques (64). Le principe est énoncé ainsi par M. Ghestin : "l'erreur est tenue pour inexcusable lorsque, par la faute du demandeur, l'autre partie a ignoré l'importance décisive attribuée par la victime de l'erreur à la qualité défaillante" ; M. Malaurie peut donc fort justement constater (65) que cette exigence contrebalance, avec légitimité, la protection accrue du consentement par la jurisprudence concernant la notion de substance. La qualité doit donc être connue par le cocontractant mais quelle est l'attitude du juge dans l'admission des formes d'information. Le magistrat distingue selon que le défendeur était ou n'était pas censé la connaître.

75 Parfois, les circonstances ou la nature du contrat permettent de connaître le caractère déterminant de la qualité et quand bien même le défendeur ne le lui aurait pas fait savoir, le défendeur est réputé le connaître. L'erreur serait substantielle pour un contractant normal. Le juge relève avec soin toutes les circonstances entourant la conclusion du contrat et qui auraient logiquement amené un contractant à connaître l'importance attachée par l'acquéreur à la

---

(64) - Obs. Ghestin, th. préc., n° 144 ; Demogue, t. 1, n° 244 ; Maury, op. cit., n° 9 p. 199.
(65) - Op. cit. p. 215.

qualité. La Cour de Paris montre, le 27 novembre 1967, que ces faits sont toujours propres à la catégorie de vente concernée (66) car, énonce-t-elle : "dans le silence des parties et en l'absence de toute indication contraire tirée des circonstances de la cause, compte tenu des usages de la profession" l'année officielle de sortie de l'automobile s'apprécie selon ces éléments. Il est possible de parler d'ignorance fautive de la part du vendeur qui ne peut ni invoquer d'excuse, ni accuser le demandeur de ne pas lui avoir fait connaître la qualité substantielle.

Cet appel aux circonstances de la conclusion suggère immédiatement les indices judiciaires d'appréciation du caractère déterminant de l'erreur. Ce réflexe part d'une vue exacte : s'il est possible de relever certains faits qui établissent le caractère déterminant de l'erreur, pourquoi ne pas admettre que certains de ces mêmes faits puissent démontrer la connaissance de ce caractère aux yeux du vendeur ? En réalité, les solutions ne dépendent pas d'un principe général mais des espèces. Qu'il soit simplement permis de dire que ces circonstances, identiques dans leur nature, devront être plus caractérisées en intensité afin de parvenir jusqu'au conscient de l'autre partie. L'opinion d'un contractant est un fait purement psychologique, il est nécessaire que ces circonstances soient suffisamment "objectivisées" et puissantes pour persuader le second contractant mais, surtout, pour que le juge en déduise la connaissance présumée de cette partie. L'acquéreur peut, de lui-même, apprécier la présentation de l'objet sans que le vendeur perçoive cette interprétation. A l'inverse, par exemple, l'antiquaire professionnel sait, ou doit savoir, que l'acquéreur recherche, en s'adressant à lui, un objet ancien. Ainsi, "dans tout contrat portant sur une oeuvre d'art, l'authenticité constituerait une qualité substielle" (67).

Le juge, dans le relevé de ces circonstances, est souvent méticuleux ; cette attitude est évidente à l'occasion de ventes commerciales, le plus souvent anonymes. Aussi, pour parfaire l'existence

---

(66) - Paris 5° Ch. 27 novembre 1967 préc.
(67) - Civ. 1° 26 janvier 1972 préc. ; T.G.I. Paris 6 décembre 1968 préc.

de la condition, le juge éprouve le besoin d'être de plus en plus précis à mesure que cet anonymat augmente, la présomption de connaissance étant plus difficile à soutenir. A la limite du raisonnement, il est même concevable de faire entrer, dans cette première catégorie, les décisions reposant sur l'existence d'une obligation de renseignement à la charge du vendeur. Celui-ci doit renseigner l'acquéreur sur certaines caractéristiques de la chose vendue car la loi, le juge ou l'usage commercial considèrent celles-ci comme essentielles pour un acquéreur normal. S'il doit donner ces renseignements, il est évident qu'il doit, par là-même les connaître (68) ; mais, le plus souvent, la faute n'incombera pas au défendeur qui aurait dû ne pas ignorer la qualité mais au demandeur qui aurait dû la lui faire connaître.

76 Les qualités de l'objet doivent ainsi être contractuellement définies en vue de sa destination. Les formes peuvent être diverses. Il n'y a pas, en général, de difficultés autres que de preuve. Le plus souvent, l'information du contractant se fait de façon expresse et le juge se contente de la noter sans autre commentaire, relevant que "cette erreur (était) parfaitement connue de la défenderesse (69), que "l'erreur... porte sur la qualité de la chose vendue, prise en considération" (70). Mais, cette information peut, selon les espèces, se trouver matérialisée ; la jurisprudence relève ainsi, notamment, l'existence d'une correspondance entre les parties, courrier duquel résulte que chacun désirait inclure la qualité controversée au contenu du contrat (71). Ces hypothèses concernant la simple révélation, d'une partie à une autre, de la qualité déterminante mais il est une circonstance qui en renforce singulièrement la portée ; il s'agit de l'existence d'une clause de garantie de la qualité. Bien qu'il n'entre pas dans le propos de rechercher le contenu et la valeur de ces clauses, leur rôle primordial du point de vue probatoire est à noter. Le

---

(68) - T.G.I. Paris 30 octobre 1971 J.C.P. 74 II 17631 (obligation de signaler les éventuels accidents antérieurs d'un véhicule d'occasion).
(69) - Paris 20 avril 1964 préc. ; T.G.I. Paris 13 décembre 1972 préc.
(70) - Com. 20 octobre 1972 préc.
(71) - Douai 1° juin 1967 préc. ; Civ. 1° 26 janvier 1972 préc.

juge y attache une importance essentielle et la relève systématiquement (72). Il convient de rappeler que leur rôle est alors double puisque ces stipulations non seulement montrent que la qualité était connue mais également qu'elle était substantielle aux yeux de l'acquéreur. L'arrêt de la Cour d'Aix du 22 octobre 1962 le souligne avec clarté (73).

A l'inverse, le demandeur ne sera pas reçu dans sa demande en annulation s'il n'a pas fait connaître la qualité substantielle (74). Le juge note ainsi, à l'occasion de la vente d'un meuble ancien (75), que l'acquéreur "a lui-même fixé l'estimation initiale sans établir, ni offrir de prouver que, ce faisant, il entendait se référer à la notion de meuble d'époque" ou plus simplement"qu'il apparait que la convention en aurait fait état de façon expresse" (76). La solution juridique résulte essentiellement de la capacité des parties à prouver l'existence ou l'absence de cette condition.

77 Quelques remarques générales s'imposent finalement. La jurisprudence, d'abord, est souple dans l'admission des moyens "d'information" du défendeur par le demandeur et, après tout, pour ce dernier, la troisième condition de l'erreur ne constitue que rarement un obstacle juridique. L'existence d'une véritable présomption de connaissance renforce cette opinion mais le classement effectué entre qualité censée connue et qualité communiquée n'est que didactique. Juridiquement, en effet, ces décisions ne font que traduire le souci du juge de rechercher la commune intention des parties. Or, le juge est, le plus souvent, guidé par des considérations d'équité. Cette présomption pèse généralement sur un professionnel dont les intérêts sont sacrifiés, au besoin, au profit d'un contractant plus faible qui mérite cette protection. Dans ces deux catégories de décisions, il y a bien connaissance de la qualité déterminante,même si son établissement est

---

(72) - Civ. 1° 26 mai 1965, Civ. 1° 26 janvier 1972 préc.
(73) - Aix 22 octobre 1962 préc.
(74) - Civ. 1° 11 octobre 1966 préc. et note Ghestin sous Com. 4 juillet 1973 préc.
(75) - Dijon 21 décembre 1964 J.C.P. 65 IV 104.
(76) - Com. 16 décembre 1970 Bull. IV p. 306 - Rev. Soc. 1971,553.

parfois artificiel.

Cette étude du régime juridique de l'erreur dans la vente commerciale établit déjà certaines contraintes à sa sanction systématique. La conception de cette institution, tant juridique que sociologique en établira des limites pratiques.

CHAPITRE III - LES LIMITES DE LA PROTECTION DE L'ARTICLE 1110 DU CODE CIVIL :

Ces limites résultent de la véritable conception de l'erreur qui apparaît de plus en plus nettement dans la jurisprudence contemporaine mais elles viennent,également,de la vie courante et des nécessités de la pratique des affaires.

SECTION 1 - Les limites tirées de la conception juridique de l'erreur :

78 Le raisonnement consiste dans la recherche de la fonction réelle de l'erreur que l'article 1110 sanctionne. Cette conduite apparaît en termes de choix, donc de sacrifice. L'alternative est simple mais sa solution emporte des effets sensibles sur le régime de cette institution. La première éventualité revient à considérer l'erreur comme un vice du consentement ; cette conception résulte directement de la théorie de l'autonomie de la volonté (1). La seconde éventualité consiste à attribuer à l'erreur une certaine fonction sociale, à l'élever au niveau de l'institution. Cette conception se surajoute à la première, sans l'éliminer, elle la limite dans certains de ses aspects. Une série d'impératifs conduit le juge à sacrifier, face à des intérêts antinomiques, une volonté individuelle. Ces circonstances doivent être suffisamment impérieuses pour pouvoir faire échec à un principe considéré comme fondamental dans l'ordre juridique.

---

(1) Bonassies, Le dol de la conclusion des contrats, p. 330, th. Lille 1955 ; Ghestin, th. préc. p. 226 et bibl. p. 227.

Variés dans leurs applications, ils se ramènent, de façon systématique, à deux soucis : le but de moralisation des rapports contractuels et la volonté de stabilité des relations commerciales. Les procédés techniques utilisés par la jurisprudence, à cette double fin, sont variés et leur systématisation est nécessaire.

Cette recherche apparaît comme d'autant moins vaine en matière de ventes commerciales que ces objectifs y sont impérieux. La spécificité de ces contrats s'apprécie, à cet égard, à trois points de vue.

- L'exigence de la stabilité juridique est particulièrement renforcée. La préoccupation est certaine et renforce singulièrement le premier des deux objectifs.
- Le contrat peut, comme il a été vu, être qualifié d'anonyme. La relation de confiance existant entre les parties n'est pas personnelle mais à tendance matérialiste. Il peut donc paraître choquant de sacrifier l'intérêt du défendeur alors qu'il n'était pas en mesure de prévenir l'erreur ou, pis encore, si à l'encontre de toute bonne foi, le demandeur tient à profiter de la situation pour échapper à ses obligations contractuelles.
- Un élément personnel distingue le contrat : le rapport contractuel met en présence au moins un professionnel du commerce. Celui-ci apparaît généralement au procès en situation de défendeur. Sa situation est, à la fois,aggravée et atténuée par rapport au simple particulier. Aggravée par l'attitude sévère du juge à son endroit, qui le soupçonne de mauvaise foi et, pour cette raison, alourdit ses obligations. Atténuée par la faveur jurisprudentielle à l'égard du commerce, laquelle attitude sacrifie souvent la nature de vice du consentement de l'erreur

Le pragmatisme du juge consulaire n'est plus à démontrer et cette souplesse du raisonnement a conduit à déformer singulièrement la conception originelle de cette institution. L'évolution a entraîné la création d'une forme particulière d'erreur propre à la vie des affaires.

79 Le sens de cette tendance apparaît d'abord dans le souci constant de moralisation des affaires. Ces termes évoquent, par eux

mêmes, un dynamisme certain mais l'idée n'est pas nouvelle. Le contrat n'est pas l'oppositon absolue d'intérêts que d'aucuns ont voulu dépeindre, une loyauté même minima existe dans le contrat (2). Une étude première de l'erreur en démontre le caractère essentiel de vice du consentement. Du point de vue de la moralité contractuelle, un argument très fort existe à l'appui de cette thèse : la mauvaise foi, dit-on, n'est pas une des conditions exigées de l'article 1110 de l'annulation pour erreur, quant à ce qui concerne la mauvaise foi du défendeur, condition de la nullité ou du demandeur, obstacle à celle-ci. Le texte s'applique en considération de la seule psychologie exprimée par le demandeur. Cela explique la détermination par le juge de la substance d'après la volonté de la victime. L'examen attentif des décisions jurisprudentielles altère cette belle construction.

A un premier point de vue, il est possible d'affirmer que, dans une large mesure, la mauvaise foi du demandeur constitue un obstacle à la nullité réclamée par l'article 1110. La bonne foi a un caractère moral de plus en plus accentué et son régime consiste à accorder protection à celui qui, s'en prévalant, le mérite. M. Mazeaud parle ainsi de la "notion sociale" d'erreur. Le Doyen Ripert pouvait préciser (3) : "On a abandonné la conception de vice de la volonté dans le contrat pour faire de la théorie de l'erreur le procédé technique de protection du contractant, venu au contrat avec l'illusion qu'il en retirerait un certain avantage et s'apercevant, après coup, qu'il a été lésé", conception qui correspond bien à la notion de contrat, fait social (4). Les solutions qui échappent au caractère de vice de consentement de l'erreur s'expliquent par cette idée. Les victimes sont reconnues indignes de cette protection légale au regard de la morale actuelle. Plusieurs degrés sont malgré tout à considérer dans l'appréciation de la conduite du demandeur.

Le contractant peut d'abord se voir reprocher son inobservation de la parole qu'il a donnée. Le juge ne peut admettre qu'un contractant puisse faire valoir un simple prétexte pour revenir, après

---

(2) - Ripert, Règle morale n° 40.
(3) - Ripert, Règle morale n° 42.
(4) - Marty et Raynaud, p. 124.

réflexion, sur son engagement. Cette obligation morale du respect de la parole donnée est constatée juridiquement par l'article 1134 du code civil ; la liaison de cette idée avec le second objectif , la stabilité juridique, n'est d'ailleurs pas à écarter. Le régime de l'erreur en est modifié car c'est ainsi que s'explique l'exigence de l'erreur commune ou du caractère déterminant de l'erreur (5). Le contrat est valable lors de sa conclusion, rien ne peut permettre cette mise en cause sous le prétexte de l'article 1110 du code.

Mais,ensuite, une faute peut être relevée à l'encontre de la victime. L'hypothèse est celle que sanctionne l'erreur inexcusable. L'admission de cette notion porte une atteinte indéniable à l'erreur, vice du consentement. La victime doit,certes,s'être trompée mais,encore,mériter la protection du droit. L'erreur inexcusable se confond alors avec la faute de la victime. Le sort particulièrement sévère que le juge réserve au professionnel est remarquable par la présomption de mauvaise foi qui pèse alors sur lui. C'est tout l'intérêt de la notion d'erreur inexcusable que de permettre d'introduire dans l'erreur une appréciation morale car, au sens large du terme, le juge recherche si le demandeur ne fait pas preuve de mauvaise foi. Cette recherche n'explique pas toutes les solutions jurisprudentielles demeurant principalement la conséquence de l'idée de vice du consentement mais permet une limitation nécessaire de ses effets.

De façon symétrique , mais dans une mesure plus limitée, la mauvaise foi du défendeur peut être considérée comme un aspect de la nullité pour erreur. Cet élément de moralisation reste limité car il ne s'agit pas d'empiéter sur le domaine du dol lato sensu où le rôle du défendeur est une condition positive de la sanction (le dol n'est cependant pas sans rapport avec l'erreur de l'article 1110 du code civil . (6). Cependant,le juge, alors même que la loi ne l'y oblige pas, apprécie toujours l'attitude du défendeur ; aussi ne s'a-

(5) Sur les liens entre 1110 et 1134 : Baudry-Lacantinerie et Barde, Traité t. I, n° 61 ; Josserand, Mobiles, n° 65 ; Planiol et Ripert par Esmein n° 177 ; Maury, op. cit. n° 3 s. p. 493 ; Ghestin, th. préc. n° 39.

(6) Bonassies, op. cit. p. 136 et p. 140.

git-il pas de l'ériger en élément juridique mais en condition officieuse de l'erreur, s'ajoutant occasionnellement aux précédentes. Le simple fait de relever cette attitude traduit, malgré tout, une nouvelle atteinte à la conception classique de l'erreur. Elle s'explique psychologiquement par une réaction humaine de bon sens : il est impossible d'en faire abstraction. Sous réserve des remarques précédentes, le rôle de cette forme de mauvaise foi est indéniable. La jurisprudence effectue cette recherche pour apprécier le caractère déterminant de la qualité substantielle, sa connaissance bien sûr, et l'utilise pour renforcer éventuellement la solution juridique en retenant une faute inexcusable de la part du défendeur.

L'importance de cette influence ne peut être quantifiée et il ne faut pas non plus l'exagérer. Le juge a tendance à être bienveillant envers la victime de l'erreur si un défaut de bonne foi peut être reproché au défendeur. L'influence sur la décision judiciaire relève plutôt de facteurs humains que théoriques. Bien que Célice l'ait nié (7), en ne lui reconnaissant aucun rôle justificatif de la sanction de l'erreur, l'attitude du défendeur sera appréciée quant à ses conséquences même s'il ne peut lui être reproché aucun acte de mauvaise foi, solution qui n'est pas sans rappeler la théorie de l'innocent misreprésentation du droit anglais. La morale tend à accroître son influence sur les relations commerciales, domaine qui lui est longtemps resté hermétique. Il reste cependant certain que l'essentiel, dans l'appréciation de l'erreur, reste la psychologie individuelle mais l'attitude du défendeur peut créer un préjugé favorable au demandeur en nullité.

80 Le second objectif est celui de la stabilité commerciale. Le problème se pose, à nouveau, en termes de choix. Le vice du consentement atteint la volonté de la victime, le principe d'autonomie s'oppose donc à son maintien. A l'inverse, le droit commercial exige, comme condition vitale, que les engagements pris soient respectés, afin que subsiste la notion de contrat. Cette exigence s'accentue dans la vie des affaires. En comparaison, ce souci y tend à une autonomie certaine car, alors qu'en matière civile il se confond souvent avec le premier

---

(7) - Célice, op. cit. p. 37.

but de moralisation, il s'en sépare ici nettement. La conséquence est la difficulté pour le théoricien de fonder certaines solutions jurisprudentielles. La bonne foi est une notion qui tend, de plus en plus, à se juridiciser et quand bien même ce raisonnement serait abusif, le juge peut la rattacher à l'article 1134 du code civil (8) alors que le souci de stabilité commerciale, si son utilité est indéniable, n'en reste pas moins un principe qui, juridiquement, ne dépasse pas la qualification de "tendance jurisprudentielle". Il en résulte la difficulté de faire entrer dans le droit certaines hypothèses d'erreurs sur la valeur qui ne peuvent être confondues avec la lésion (9) ou encore, la nécessité d'acrobaties juridiques afin d'intégrer l'erreur sur la solvabilité ou l'honorabilité dans l'alinéa 2 de l'article 1110 du code civil.

Le choix a d'abord été effectué en faveur de la protection de l'intégrité du consentement. L'adoption de la conception subjective a permis le développement exceptionnel du domaine de l'erreur sur la substance par le respect de la volonté des contractants. Devant certains impératifs supérieurs, telle la stabilité juridique, le mouvement jurisprudentiel a marqué un net recul. L'erreur dévoile ainsi la seconde facette de son rôle social, fonction qui efface la protection des intérêts individuels au profit d'un ordre public économique. Quelque jugement que l'on porte sur ce choix, il faut constater qu'il oblige le juge à une constante appréciation des intérêts en cause, appréciation s'exerçant parfois au détriment de la connaissance de l'état du droit.

Des limites sont cependant admises avec certitude. C'est le cas de l'erreur sur la valeur. La moralité des transactions gagne rait à ce que l'attitude du législateur français s'infléchisse en faveur d'une admission limitée de la lésion ce qui, sous cette réserve,

---

(8) - Bonassies, op. cit. p. 386 ; Alfred Rieg, J.C.L. Civ, art. 1134-1135, fasc. 11, 12, n° 65 s ; François Gorphe, Le principe de la bonne foi, th. Paris 1928, Marty et Raynaud n° 222.

(9) - L'exclusion de l'erreur sur la valeur peut, par un argument a contrario, être déduit de la conception du vice du consentement d'une telle erreur. Elle est, en effet, admise si elle résulte d'un dol alors que spontanée, elle est sans effet juridique.

n'atteindrait pas, de façon grave la sécurité juridique. Le juge arrive parfois à ce résultat par la notion de prix dérisoire, pure question de fait qui s'apprécie selon les circonstances. Erreur sur la personne, ensuite, dont les applications commerciales à la vente sont limitées et enfin erreur sur les motifs sauf à admettre l'erreur au cas de leur intégration dans le contrat. L'observation des conditions juridiques de l'article 1110 démontre aussi que l'exigence du caractère excusable et connu de l'erreur en résulte directement.

En dehors de ces limites juridiques, peut également être remarquée la tendance du juge à s'attacher à l'importance du préjudice subi par la victime pour fixer le caractère déterminant de l'erreur et, par là, à écarter les vices qualifiés d'erreurs sur les qualités secondaires de la chose. Les décisions concernent des litiges d'importance pécuniaire élevée, ceci pour des raisons pratiques (10) qui, en l'occurrence font échec à la protection du consentement. De façon générale, le recours à des circonstances extérieures à la volonté de la victime altère le tableau classique de l'erreur. Dans la logique du raisonnement, le juge, sauf pour en présumer la volonté interne, devrait les ignorer. En réalité, le choix de l'une ou l'autre conception ne peut être net. Une idée générale subsiste et le juge s'en fait un sujet constant de réflexion : l'erreur, vice du consentement, doit être sanctionnée ; des impératifs supérieurs l'empêchent parfois de réaliser son voeu. Le passage d'un fait psychologique au droit ne peut être total car il se heurte à ces considérations supérieures à la volonté individuelle, l'intérêt général se détachant de l'intérêt particulier (l'exemple peut, à cet égard servir d'argument a contrario) (11).

81 Un nombre important d'erreurs sont sans effet dans la vente commerciale alors qu'elles seraient sanctionnées civilement. L'attitude du juge, motivé par des considérations de moralité et de

---

(10) - Infra n° 85.
(11) - Rieg, Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, th. Paris 1961.

stabilité, en est la cause essentielle. Si cette solution est appréciée en s'attachant à la protection du consentement de la victime, le système de l'article 1110 ne peut se voir accorder une valeur suffisante. Le résultat ainsi annoncé suppose acquis le principe de l'admission de cette protection individuelle en raison de l'autonomie de la volonté. Un élément supplémentaire s'y ajoute car l'influence de la morale dans le contrat a été conçue comme négative face à ce principe. Dans un sens large, elle peut avoir l'effet inverse. Elle peut s'appliquer à la notion de justice dans le contrat. Il est injuste et immoral que l'exécution d'un contrat soit imposée à une partie qui ne l'a pas voulue telle qu'elle apparaît. C'est pourquoi une admission plus large, mais non généralisée, de la lésion, par l'intermédiaire de l'erreur sur la valeur, serait bienvenue. Entre deux antagonismes, sécurité ou moralité, le juge a choisi au détriment de l'individu.

Cette rigueur est parfois gênante. Faut-il pour cela poser la question de la raison d'être de l'article 1110 ? Il n'est pas possible de s'en remettre, en toutes hypothèses, au juge. Son intervention a l'avantage de la souplesse d'adaptation aux circonstances (12). Mais, le danger d'incertitude juridique qui en résulterait nécessairement empêcherait toute connaissance du droit. Les exigences commerciales sont spécifiques et impérieuses et le texte n'y répond pas toujours. Cependant, dans des situations variées, il conserve un intérêt indéniable. L'utilité d'un texte propre à la vie des affaires n'est pas certaine et sa rédaction, vu la variété des situations et la complexité des intérêts à concilier, serait particulièrement délicate. Le texte actuel pêche par insuffisance. La solution logique paraît être le complément plutôt que le bouleversement. Cette première section a déterminé des besoins qui doivent être satisfaits, la seconde complète cette recherche en vue de leur satisfaction.

---

(12) - Par analogie, la jurisprudence serait autorisée à créer une notion parallèle au dolus bonus, notion qui limite le domaine du dol sanctionnable. En se plaçant du côté de la victime de l'erreur, et à condition d'admettre le rôle social de l'article 1110, on admet la création "d'error bona", la victime ayant à supporter ces erreurs, exclusives de nullité.

SECTION 2 Les limites pratiques de la protection de l'article 1110 du code civil :

82 Il ne s'agit plus d'établir ou de contester la légitimité des confins fixés par le droit à la protection individuelle. Les notions de conditions de l'erreur et d'erreurs écartées y répondent par elles-mêmes. La démarche consiste, en réalité, pour reprendre l'expression de M. Carbonnier (13), dans l'étude de la "sociologie de l'erreur", c'est-à-dire la manière dont cette institution est ressentie par la victime d'une erreur.

A cet égard, un contrat relatif d'échec s'impose. Son rapport social frappe par son impuissance. D'un point de vue quantitatif, il est délicat d'établir des statistiques exactes en ce domaine mais l'apparente abondance des décisions judiciaires propres à certains types d'erreurs ne doit pas tromper. Si l'utilité et l'adéquation d'un texte de loi s'apprécient en fonction de la fréquence avec laquelle il est invoqué, en valeur relative, il faut constater que le nombre des erreurs susceptibles de relever de l'article 1110 est bien plus élevé que celui des erreurs évoquées judiciairement. Certes, cette mesure de l'utilité de la norme repose-t-elle sur un critère arbitraire si l'on tient compte de ce que la valeur d'une disposition légale peut résulter, par ailleurs, de sa force dissuasive ou de sa valeur informative. Cependant, il n'est pas présomptueux de penser que les erreurs susceptibles de relever de ce texte soient, en fait, nombreuses.

83 La raison première est l'évidente disproportion des frais de justice au préjudice matériel ou moral subi par le contractant. Cette constatation est notoire. Quel contractant, même certain de son bon droit, serait assez imprudent pour agir en justice alors que le préjudice n'excède pas quelques dizaines ou centaines de francs. Il

(13) - Op. cit. p. 357

n'est pas étonnant que les espèces citées portent principalement sur des oeuvres d'art ou des véhicules ayant donné lieu à versement d'un prix élevé qui seul justifie la démesure des frais ou des expertises. Du point de vue individuel, si l'atteinte au consentement reste quantitativement élevée, l'injustice de la situation est manifeste. Elle permet d'éviter des demandes abusives ainsi qu'un encombrement judiciaire mais cela au détriment de la justice.

84 Plus grave, au plan des principes, est l'attitude du consommateur. A l'exclusion même de toute idée d'exploitation commerciale, l'homo oeconomicus est avant tout, timoré et ignorant. "Le consommateur moyen, déclare M. Calais Auloy (14), de nos jours, n'est ni abstrait, ni lucide, ni raisonnable. C'est un faible dont le droit commence à prendre en charge la protection. Pour le moment, il faut le reconnaître, les résultats obtenus ne sont pas à la mesure de l'effort entrepris" ajoutant "le consommateur ordinaire est à la fois trop ignorant et trop craintif pour entreprendre une action en justice. Qui lui reprocherait son ignorance, alors que les spécialistes eux-mêmes se perdent dans le labyrinthe des textes répressifs ? Qui s'étonnerait de ses craintes, dans une action où il ferait figure de David combattant Goliath ? Si l'on ajoute à cela que, dans chaque cas particulier, l'intérêt pécuniaire est souvent modeste, on comprend que les commerçants n'aient pratiquement rien à craindre du consommateur moyen". Ces remarques, il est vrai, valent aussi bien pour le consommateur que le petit commerçant.

Le contractant moyen est timoré tout d'abord et cette timidité s'exerce à deux degrés. Face à la justice, il est faible car, c'est une réaction fréquente, il craint la puissante machine judiciaire et ces préjugés sont tenaces. La justice commerciale est associée à la chicane et à l'habileté du juriste. Cette réaction épidermique ne saurait être vaincue que par une éducation bien menée mais elle reste

---

(14) - Nouvelles données pour un droit de la consommation, La protection légale et réglementaire du consommateur, Aix-en-Provence 1975, p. 50.

entravée par le coût de la justice qu'il est difficile de réduire. La timidité apparaît ensuite, de manière plus latente, face au commerçant. Quand bien même celui-ci n'exercerait aucune pression agressive sur le consommateur (ou le petit commerçant), ce dernier, et la remarque prend toute sa valeur pour le grand commerce ou la grande industrie, est spécialisé dans son domaine d'activité. Généralement, il est assez renseigné pour en connaître les risques. Il lui sera aisé d'être suffisamment habile pour d'une part éviter d'exercer une tromperie trop évidente pour devenir dolosive et, d'autre part, que ces agissements ne tombent pas dans les catégories protégées par l'article 1110. Ce professionnel peut ainsi profiter de la méprise du consommateur et l'exclusion de l'erreur non déterminante, de l'erreur sur les motifs. Le professionnel concerné, par la puissance de l'argent, par un éventuel service juridique ou enfin par action dissuasive directe peut, ensuite, écarter toute velléité de contestation de son cocontractant. Cette action psychologique, non spécifique au texte étudié, est particulièrement efficace dans la vie commerciale. Elle est impossible à quantifier et même à entrevoir, les difficultés à y mettre fin sont donc particulièrement grandes. Cette influence, le plus souvent psychologique peut d'ailleurs coexister avec l'entière bonne foi du professionnel.

Le consommateur est, ensuite, inexpérimenté. Ce trait de caractère se compose d'abord d'une certaine forme d'innocence. Personnage candide, il se laisse aisément abuser par les circonstances, les apparences. Malheureusement ses erreurs sont trop inexcusables pour entraîner systématiquement l'annulation du contrat. Si le juge essaie, avec mérite, d'en tenir compte (15), les impératifs du commerce imposent souvent leur mise à l'écart. L'inexpérience du consommateur a aussi une allure plus intellectuelle, il s'agit alors réellement d'ignorance. Celle-ci concerne le produit, le vendeur, mais ne vise pas les limites de l'article 1110. L'ignorance du droit est plus dirimante. Si le texte de la loi est clair, son application jurisprudentielle

---

(15) - Comp. appréciation du caractère déterminant de l'erreur.

l'est bien moins."Le spécialiste lui-même s'y perd". La dialectique judiciaire est fréquemment peu juridique, souvent obscure. Les difficultés résultent pour l'essentiel de la quasi impossibilité de rendre juridiques des notions psychologiques, cette tâche étant compliquée par des antagonismes irréductibles et accentuée par l'attitude du professionnel du commerce. Celui-ci est tout d'abord parfaitement renseigné de son droit mais, par ailleurs, il fuit au maximum les procédures judiciaires. La préférence des milieux d'affaires pour les procédures amiables est certaine. L'avantage qu'ils en retirent est évident face à la sévérité accrue du juge à leur égard.

La vente des objets d'art est révélatrice de ces tendances et, à cette occasion, Mme Fournier a souligné que si les procès sont nombreux, ils le sont moins qu'ils ne le devraient. Cela vient, précise-t-elle, de la timidité des acheteurs mais aussi de leur amour propre qui les conduit à attacher plus d'importance à leur réputation personnelle qu'à leur argent et, enfin, de la fréquence, en matière de ventes privées, des arrangements amiables (16). Ces remarques sont particulièrement caractéristiques de la perception du texte visé par ceux qu'il intéresse. Issu des idées révolutionnaires, ce texte, individualiste par sa finalité, a conservé le même esprit d'application. Il permet la solution de litiges entre particuliers contractant à égalité, ayant des connaissances sensiblement identiques. Il est alors doublement inadapté en matière commerciale. Deux situations sont, en effet, concevables et le juge, s'il ne l'énonce pas expressément,pressent cette dualité. Le litige peut opposer deux professionnels, fabricants ou vendeurs, entre eux. A priori, l'article 1110 paraît trouver là le terrain d'élection qui vient de lui être délimité . Cependant, c'est à l'occasion de cette situation que les litiges seront les plus rares : les compétences techniques des co-contractants, alliées à une répulsion pour les recours judiciaires s'opposent à leur développement. La contestation peut,ensuite, s'élever entre un professionnel, généralement vendeur, et un non

(16) Op. cit. p. 89.

professionnel,auquel cas la supériorité technique et financière du premier arrêtera tout recours au texte de loi.

35 Le mouvement de gel de l'article 1110 par le commerce se double de considérations para-juridiques. La conception juridique de ce texte par les intéressés a conduit à déformer peu à peu sa situation dans l'ordonnancement de notre droit. Quelques remarques permettent d'en préciser l'amplitude et les tendances.

Il convient de rappeler que l'étude de ce système a été menée en considérant l'erreur comme moyen autonome et isolé de protection du consentement. Tout un ensemble de techniques juridiques concourt, en réalité, à ce même résultat. Aussi,l'influence et le rôle de ces procédés doivent-ils être précisés. D'ores et déjà il est possible d'affirmer que, principalement en matière commerciale, l'article 1110 n'est plus le moyen privilégié choisi par le contractant qui désire agir en justice.

- Lorsque des manoeuvres frauduleuses peuvent être reprochées à une partie, le cocontractant aura généralement intérêt à évoquer les règles plus protectrices du dol (art. 1116 du code civil), de l'escroquerie (article 405 du code pénal) ou de la fraude (loi du 1° avril 1905). Des considérations de théorie juridique et surtout de preuve justifient ce choix. Ces textes sont d'ailleurs spécialement adaptés à la vie commerciale. Les formes de tromperie recouvrent fréquemment des cas d'erreur de l'article 1110 et reprennent des agissements qui tendent à faire croire que la chose, objet de la convention, diffère de la vraie ou possède des qualités autres que celles qu'elle devrait avoir. Le lien avec la substance est donc étroit.

- En valeur quantitative, la théorie des vices cachés s'applique ensuite,avec succès,en droit commercial. Le vice est celui qui empêche ou diminue l'usage auquel la chose vendue est destinée ce qui suggère immédiatement les formes d'erreurs sur l'aptitude. Son caractère caché, réel ou présumé,se déduit de considérations proches de celles prévalant dans l'application de l'article 1110.

- Le droit moderne voit se créer un véritable imbroglio de textes épars et variés qui tendent à assurer une surveillance de la qualité des produits. Le plus souvent techniques et spécialisés, ils concer-

nent l'identification, le contrôle de la teneur du produit, de son aptitude. La liaison avec l'erreur est manifeste mais leur utilisation fréquente résulte de leur adéquation. Cette législation se place dans l'évolution juridique plus large consistant à créer un véritable "droit de la consommation".
Ces interférences sont complétées par des facteurs personnels.

Le rôle des facteurs humains dans la prise des décisions judiciaires ne peut être nié. Le magistrat, généralement, juge en équité, attitude qui explique l'importance des considérations morales dans la théorie. Comme l'a remarquablement souligné M. Malinvaud (17), l'erreur sur la substance, dans son contenu, devient une question de fait. Le demandeur a l'obligation de démontrer un "état d'âme", c'est-à dire le caractère substantiel de l'élément en réalité inexistant dans la chose mais aussi son aspect déterminant. Le juge est, lui-même, conscient de la fausseté de sa situation face au droit. La Cour de Montpellier, dans un arrêt dont l'énoncé lui valut cassation (18), ne déclare t-elle pas ouvertement : "le problème de savoir si une qualité est substantielle se résout en une question de fait, dont la solution sera bien souvent commandée par des considérations d'équité". Solution souple et souvent compréhensive mais dont l'inconvénient premier est de faire régner une grande incertitude juridique. Dans des hypothèses apparemment identiques, les solutions peuvent être totalement opposées. En conséquence, alors que le professionnel de la vente est, en général, mieux renseigné des risques de sa profession, de l'état de la jurisprudence, le profane, consommateur ou vendeur, ignore ses droits ainsi que ses risques.

Pratiquement, l'obstacle essentiel qu'il est certain de rencontrer tient à la preuve de son état d'âme. A cet égard, le juge a dressé une barrière essentielle à l'admission de l'erreur en accordant un rôle croissant aux stipulations de garantie. Il est souvent indispensable au demandeur qui désire aboutir dans son action, d'obtenir une telle garantie pour que la condition de connaissance de

(17) Chron. préc. n° 4 s. p. 216.
(18) 2 janvier 1963, G.P. 63,1,193 - D. 63 Som. 77.

l'erreur soit remplie. M. Malinvaud remarque avec raison que l'adoption de la conception subjective de la substance a permis l'extension considérable de la protection accordée par l'article 1110. Malheureusement, pour la victime, cet effort se voit limité par le juge, par l'importance qu'il attribue aux clauses de garantie, c'est-à-dire à peu de chose.

Les conclusions qu'en tire l'auteur (19), si elles ont l'avantage de la logique juridique, ne satisfont pas le souci de protection individuelle. Pour conserver à l'erreur sa spécificité juridique, il propose de laisser "un certain flou dans la définition contractuelle de l'objet". Cette proposition permettrait, certes, une adaptation à la volonté de la victime mais la démarche la plus protectrice ne serait-elle pas d'admettre les solutions jurisprudentielles actuelles tout en imposant, parallèlement,une plus grande loyauté du professionnel et une meilleure information du contractant non averti ? Cette double idée semble être la tendance dominante. L'auteur, sans se contredire, en souligne la nécessité. Les exigences de preuve sont telles qu'elles constituent l'obstacle essentiel à l'action et les propositions doctrinales vont toutes dans ce même sens protecteur de la victime. Celle-ci tiendra pour vérité d'évidence certaines circonstances dont le juge exigera la preuve. Il paraît contraire au bons sens d'énoncer que l'acquéreur d'un tableau ancien recherche en l'objet une certaine ancienneté et, malgré tout, le juge exige la preuve de cette volonté ! Rien d'étonnant à ce que l'acquéreur non averti ne cherche pas à se ménager des moyens de preuve lors du contrat. S'il a cependant pris ce soin, quelle est la portée de ces stipulations ? Les ventes d'antiquités fournissent des exemples caractéristiques de la complexité de la situation. Mme Fournier (20) a démontré l'ambiguïté des formules "attribué à..." ou encore "signé de..."

86 L'ensemble de ces considérations de fait ne peuvent se justifier que par des impératifs de sécurité juridique suffisamment

---

(19) - Chron.préc. p. 216
(20) - Op. cit. p. 384.

élevés pour l'emporter sur la protection du consentement. Leur relevé souligne, malgré tout, certaines exagérations. Le contrat ne peut être la rencontre de deux personnes absolument à égalité l'une et l'autre ; il n'en reste pas moins que cette inégalité ne doit donner lieu à des abus choquants. L'erreur d'un cocontractant peut parfois être réparée grâce à l'article 1110 mais cette protection est limitée, et critiquable, ne serait-ce que par son caractère a posteriori. Le droit qui se doit protecteur, impose une démarche à un contractant par définition passif en raison du contexte dans lequel il se place. Cette circonstance est la véritable spécificité de l'erreur dans la vente commerciale mais en elle-même, elle résume l'échec de la théorie de l'erreur à ce but de protection. Une véritable politique de protection contre l'erreur résulte d'une éducation du contractant. M. Malinvaud propose deux solutions à cet effet (21) : il souhaite d'abord voir sanctionner l'acheteur par le refus de la nullité afin d'éduquer son sens du vrai et du faux mais constate immédiatement les faiblesses de cette méthode. Il propose,ensuite, d'annuler au détriment de son auteur tout contrat soupçonné d'ambiguïté. Cette seconde tendance revient à imposer à ce contractant une véritable obligation de renseignement, voie qui constitue la solution d'avenir et qui se confirme déjà.

(21) - Op. cit. n° 17, p. 218.

TITRE II LES TECHNIQUES JURIDIQUES PREVENTIVES DE L'ERREUR DANS LA VENTE COMMERCIALE.

37 Le moyen le plus efficace d'éviter les conséquences dommageables d'une erreur contractuelle n'est-il pas de la supprimer purement et simplement ou, tout au moins, d'en diminuer le risque ? Cette logique imprègne, de plus en plus, l'action du législateur. Si le contractant se trompe sur ce qu'il attend de la vente, c'est qu'il n'en connaît pas suffisamment les éléments. L'étude de l'erreur, vice du consentement, a démontré que la connaissance de ces éléments ne peut être laissée à la seule initiative de l'intéressé. Elle subsiste en ce qui concerne les éléments d'appréciation personnels du contrat, la connaissance purement subjective de la chose ou de l'homme qui, seuls, peuvent être appréhendés par le contractant. Un apport complémentaire de connaissance se justifie par contre pleinement en ce qui concerne les constituants objectifs du contrat. Leur caractéristique est la possibilité qu'ont les tiers de les apprécier. L'idée s'est faite, peu à peu, d'obliger ou d'inciter ces personnes à divulguer leurs connaissances mais aussi d'en assurer la sincérité.

La diffusion peut suivre deux procédures. Au premier cas, elle reste limitée aux contractants en présence et garde un contenu impératif : il s'agit d'obliger le contractant informé à renseigner son cocontractant, essentiellement sur le bien, objet de la vente. Dans le second cas, la procédure se collectivise et s'extériorise : elle prend l'allure d'une information. Collective, elle l'est par son origine mais surtout par ses destinataires car elle ne rencontre pas un individu connu et déterminé par avance, mais un groupe réuni par un intérêt commun ou une catégorie sociale digne de cette protection. Elle est ensuite extérieure, essentiellement par son origine. La recherche de ces "émetteurs" pose alors la question de la qualité de cette

information.

Or, il est impossible de s'en remettre au seul civisme contractuel de chacun pour envisager le développement de cette collaboration. La morale contractuelle n'existe pas de façon spontanée à l'heure actuelle. Les efforts conjugués de la doctrine, de la jurisprudence et du législateur, tendent actuellement soit à imposer aux contractants cette obligation d'informer, soit à les inciter à agir plus en partenaires qu'en adversaires. Le contrat est trop longtemps, en effet, resté lié à l'idée de lutte d'intérêts. Selon cette opinion, chaque contractant poursuit un intérêt distinct. Cette recherche est légitime et il apparaît contraire à l'idée de contrat de vouloir favoriser, par la communication d'éléments contractuels, la satisfaction par l'adversaire de ses intérêts. En dehors d'actes positifs de tromperie ou de contrainte, le contrat permet la satisfaction optimale, exclusive de tout abus, des intérêts de chacun.

88 Le Doyen Ripert, notamment, a bien montré l'irréalisme d'une telle opinion (1) et les excès auxquels elle conduit, jugement que la doctrine récente ne fait qu'amplifier. D'un acte guerrier et spéculatif, le contrat devient un acte de collaboration. La satisfaction d'un contractant se suffit de l'exécution du contrat sans que l'intérêt de l'autre partie soit sacrifié. Cette situation est favorisée par une collaboration effective permettant le consentement éclairé de chaque partenaire contractuel (2). Les sciences économiques et politiques contemporaines ont souligné l'illusion des idées libérales outrancières. La disparition nécessaire du libéralisme au

---

(1) Ripert, "Le législateur présume la faiblesse de toute une catégorie de contractants et prohibe pour la protéger les conventions et les clauses qui porteraient atteinte à leurs intérêts. Pour faire cesser l'inégalité contractuelle, il interdit la lutte", le régime démocratique et le droit civil moderne, Paris 1936, n° 137 p. 269.

(2) - L'évolution ainsi établie n'est qu'un aspect du mouvement des idées politiques, la conception dite classique du contrat correspondant à une économie libérale du laisser faire ou l'individu roi est maître (mais aussi responsable...) de ses actes. Du point de vue contractuel, les agissements non interdits sont autorisés ; le silence est de droit et rien ne peut contraindre un individu à cette obligation de renseignement.

profit d'un dirigisme économique s'est accompagnée d'un mouvement parallèle, au plan du contrat. L'initiative individuelle non seulement ne peut satisfaire les besoins de l'économie moderne mais s'y oppose parfois. La protection individuelle est, de plus, inconciliable avec l'idée de lutte contractuelle qui ne peut, finalement, que sacrifier le plus faible. La même conjonction de l'intérêt général et de l'intérêt privé a alors permis le développement idéologique du contrat-collaboration. La concertation des partenaires contractuels doit permettre la moralisation de l'acte juridique. Afin de pallier les insuffisances des actions individuelles, le législateur et le juge sont intervenus autoritairement pour organiser une obligation de renseignement d'un contractant à son partenaire (chapitre 1°). La limitation nécessaire de cette solution a, rapidement, exigé son doublement par une information générale et complémentaire de l'individu (chapitre 2).

Cette double action s'impose particulièrement dans la vie commerciale. L'interdépendance des individus souligne le rôle social du commerçant dont la fonction d'approvisionnement est vitale au particulier. L'erreur de l'article 1110 a, avant tout, un aspect a posteriori et assure mal la garantie du service économique de la vente commerciale : il est bien plus sûr d'éviter l'erreur par le renseignement ou l'information préalables que par sa sanction. Enfin, la technicité de l'objet des transactions commerciales, face à un acheteur profane oblige à maintenir un certain équilibre de la connaissance des éléments du contrat, connaissance que n'assure pas la théorie des vices du consentement.

CHAPITRE I - L'OBLIGATION DE RENSEIGNEMENT.

89 Le schéma classique est logique : il revient au cocontractant, considéré comme entièrement responsable de ses intérêts, de connaître les éléments du contrat. L'acte est valable dès qu'il est consenti, seule une erreur du contractant, au sens de l'article 1110 du code civil, ou un autre vice peut conduire à douter de la validité du contrat. La pratique ayant rapidement dévoilé les insuffisances du système initial, l'effort de moralisation est d'abord dû à l'oeuvre judiciaire. Le juge a voulu créer une théorie juridique générale de l'obligation de renseignement largement fondée sur la bonne foi. La doctrine moderne, très soucieuse de la protection du consommateur, renouvelle ce fondement par l'idée, plus précise, de confiance légitime s'établissant du fait du contrat. La situation actuelle n'est cependant pas la conséquence de ces idées et présente tous les aspects d'un compromis qu'il faut espérer temporaire.

SECTION 1 La théorie juridique générale de l'obligation de renseignement.

90 Le mérite du juge doit être souligné car, dans cette construction, il a permis d'ouvrir une brèche dans la trop puissante conception du contrat ."lutte légitime d'intérêts". L'échec de ces tentatives ou, du moins, leur réussite relative ne doit pas cacher ce succès au plan des idées. L'évolution conduit la doctrine contemporaine à établir un nouveau départ de l'obligation de renseignement et cette notion, même si son contenu est limité, existe certainement. L'étude de son étendue autorise la formulation de son fondement classique.

§ 1 : Les tentatives jurisprudentielles de création d'une théorie générale de l'obligation de renseignement :

Le magistrat, pour établir juridiquement cette théorie, a suivi deux voies parallèles : la sanction du silence du contractant et l'obligation de prévision du professionnel de la vente. L'étude de leur contenu nuance beaucoup l'efficacité que l'on peut en attendre.

91 A - La sanction du silence du contractant :

Le principe demeure établi avec vigueur que le silence n'est pas coupable en soi (3). Il n'est source de sanction que dans des hypothèses bien précises et limitées, ce qui atténue singulièrement la protection juridique. Ces circonstances tiennent au fait des parties ou à la nature du contrat, situations qui expriment la condition absolue de la sanction du silence : son caractère inexcusable (4). Aussi, en toute hypothèse, le contractant ne doit-il pas attendre passivement d'être renseigné ; il n'a ni excuse, ni, en conséquence, recours, s'il n'a pas pris soin de s'enquérir lui-même des éléments du contrat (5). Il apparaît ainsi que si le silence est lié par sa sanction au dol, l'idée d'ignorance inexcusable se rattache surtout à l'erreur, vice du consentement. Le contractant doit mériter la protection que lui assure la sanction du silence de son partenaire, cette protection ne consistant pas uniquement dans la sanction de la faute commise par le contractant réticent mais surtout dans la réparation d'une erreur.

92 Le fait des parties permet souvent de fonder la sanction du silence de l'une d'elles. Il tient notamment à la compétence technique ou à la spécialisation d'un contractant (6). L'inexpérience ou

---

(3) - Cass. 12 février 1874 S. 74,1,248 ; Civ. 30 mai 1927 G.P. 27,2,338 S. 28,1,105 note A. Breton ; Ghestin, la réticence, le dol et l'erreur sur les qualités substantielles, chron. préc.

(4) - Soc. 1° avril 1954 Bull. IV n° 223 ; Com. 24 janvier 1968 J.C.P. 68 II 15429.

(5) Marty et Raynaud, Obligations n° 134 ; Req. 7 janvier 1901, S 1901,1,128 ; Civ. 30 mai 1927 S. 28,1,108 note Breton D.H. 1927,116.

(6) Req. 21 octobre 1926 D. 26,1,9, note Josserand.

l'incompétence d'une partie fournit, ensuite, et de manière complémentaire, des exemples dans lesquels le juge impose à son cocontractant de le renseigner (7), autant de situations qui, à nouveau, font apparaître l'idée équitable de protection accrue au cas de disproportion entre les parties (8). Dans l'une ou l'autre série d'hypothèses, qu'il s'agisse de supériorité du contractant ou de son infériorité relative, le juge apprécie souverainement le caractère excusable de la passivité et de l'ignorance de la victime de l'erreur (9).

La seconde catégorie de situations résulte de la considération par le juge de la nature du contrat. Ces situations sont celles que M. de Juglart qualifie "d'obligations objectives de parler" (10). Certains contrats exigent une nécessaire sincérité (11), laquelle est garantie par le législateur qui impose parfois cette obligation de renseignement. La vente, de façon générale, n'entre pas dans cette catégorie légale et le juge agit,non pas en fonction d'une répartition préétablie,mais,cas par cas,selon que l'exigence de sincérité et d'information se fait plus impérieuse. Deux considérations guident cependant le magistrat dans l'admission de l'obligation de renseignement selon la nature du contrat :

- L'obligation de prévision du professionnel est la plus évidente (12) : l'échange de biens dangereux ou délicats à connaître suppose acquise cette confiance mutuelle.

---

(7) - Paris 22 janvier 1923, préc.

(8) - Dans son appréciation du caractère coupable du silence, le juge tient toujours compte de la disproportion de la valeur du bien à la puissance économique du contractant ou à ses besoins:I. com. Seine 15 septembre 1900. Le droit 15 octobre 1900 ; T. civ. Casablanca 17 avril 1930 Gaz. Trib. Maroc 7 juin 1930.

(9) - Req. 5 décembre 1938 S. 38.1,951 ; Com. 25 avril 1963 Bull. III n° 200.

(10) - De Juglart, L'obligation de renseignement dans les contrats, R.D.Civ. 1945, p. 1.

(11) - Infra n° 101et pour les autres contrats : contrat d'assurance terrestre : loi du 13 juillet 1930 art. 15-2° et 31 ou maritime : loi du 13 juillet 1967 art. 8. Assistance et sauvetage maritime : ancienne loi du 29 avril 1916 (art. 7 2° supprimé par la loi du 7 juillet 1967).

(12) - Infra n° 96 s.

Certaines circonstances que seul le contractant silencieux est susceptible de connaître (et l'autre partie excusable d'ignorer) obligent le premier à les divulguer au second qui a intérêt à les connaître. Cette règle est plus originale en ce qu'elle est générale à tout contrat (13) ; il s'agit, par exemple, de la non révélation d'accidents antérieurement survenus à un véhicule apparemment indemne (14), du silence gardé sur la valeur réelle d'un tableau (15), sur la valeur d'un fonds de commerce (16)... etc...

93 Le critère de fixation du contenu de l'obligation de renseignement étant ainsi posé, la jurisprudence sanctionne le silence coupable. Sa réaction immédiate a été de recourir à la sanction du dol. Le dol résultant de l'emploi de manoeuvres par un contractant en vue d'induire intentionnellement une personne en erreur, l'oeuvre judiciaire a consisté à élargir la notion de manoeuvre afin d'y intégrer le silence gardé intentionnellement par le vendeur ou l'acheteur sur un fait qui aurait déterminé l'autre partie à ne pas contracter (17), ce silence, appelé réticence, réunissant par ailleurs les conditions générales d'admission de la sanction du dol (18). Si l'admission de principe de la réticence dolosive a donné lieu à hésitations, la controverse s'est effacée au regard de l'utilité de cette technique de moralisation contractuelle. Les difficultés de preuve de la réticence et son caractère

---

(13) - Ripert, Morale p. 91 n° 48 ; Aubillon "de la réticence dans les contrats relatifs au patrimoine". Thèse Montepellier 1936.

(14) - Paris 13 novembre 1962 J.C.P. 1963 II 13154 ; Cass. Crim. 22 janvier 1958 J.C.P. 58 II 10572 note Lestang; Cass. Crim. 18 octobre 1966 J.C.P. 67 II 14986 ; Com. 19 novembre 1971 G.P. 72,1, 237 ; Paris 14 novembre 1968 D. 69 J. 61 note D.S. ; Paris 14 juin 1967 J.C.P. 67 éd. G. IV 75 ; Lyon 17 juin 1966 J.C.P. 1967 II 14 986. La sanction du silence sera écartée si la réparation est bien faite et si l'accident est secondaire : Montpellier 12 février 1962 J.C.P. 62 II 12741 note Dijol.

(15) - Paris 22 janvier 1953 op. cit. ; par analogie : inaptitude non révélée d'un cheval aux travaux agricoles alors qu'il était vendu à cette fin : Soc. 30 décembre 1947 S. 49,1,24.

(16) Com. 11 mai 1970 Bull. IV n° 152 ; Com. 1° mars 1971 Bull. IV n° 62 ; Civ. 1° 13 février 1967 D. 67 Som. 74 - Bull. I n° 58.

(17) - En faveur de l'assimilation de la réticence au dol : sur l'évolution : Req. 23 mai 1933 D. 33,1,143 rapport Dumas ; Civ. 1° 22 décembre 1954 préc. ; Contra : notamment : Civ. 30 mai 1927 S. 28,1,[illegible].

(18) Infra n° 208.

social peu dangereux ont peu à peu cédé le pas à la protection du consentement. "Dans l'intérêt même des consommateurs, déclare récemment un auteur (19), on ne peut qu'approuver l'inclusion de la réticence dans la notion de manoeuvre, elle permet de sanctionner la violation négative de l'obligation de renseignement par la nullité du contrat, si toutefois le second élément de la notion de manoeuvre dolosive, l'intention de tromper, est prouvée".

94 La conception ainsi formulée de la réticence ne correspond cependant que très partiellement à la notion d'obligation de renseignement. La réticence contient en elle même une première et grave limite : sa sanction résulte de l'obligation de ne pas se taire.Son sens est,d'ores et déjà,négatif. La remarque,déjà faite à propos de l'erreur, est, en réalité, générale à l'idée du vice du consentement. Par ailleurs, si son existence est certaine, son contenu l'est bien moins. Cette incertitude est liée à l'arbitraire du juge qui en fixe l'étendue selon les circonstances.

Plus grave, en pratique, est l'obstacle que constitue le rattachement, par la sanction du silence du contractant, de la réticence au dol. Il est certes indéniable qu'il puisse leur être délimité un domaine commun (20). L'appréciation croissante, dans la notion de manoeuvre dolosive, de la qualité de l'auteur de l'acte ainsi que de leur destinataire, l'idée de silence coupable, correspondent bien à l'obligation de renseignement lato sensu. Mais la liaison absolue du silence coupable au dol est contestable.

- Une première différence technique résulte de l'intensité de la manoeuvre que constitue la réticence. Le dol est une erreur qui n'est sanctionnée plus aisément qu'en raison de la déloyauté qui l'a provoquée. La réticence est, de son côté, une tromperie réalisée par le silence, pour reprendre l'expression de M. Bonassies. L'intention dolosive y a un caractère d'évidence beaucoup moins marqué que dans le dol

(19) Denise Nguyen Thanh, Techniques juridiques de protection du consommateur, th. préc. n° 802 p. 223.

(20) M. Ghestin a nettement souligné les liens que la jurisprudence crée entre la réticence et l'erreur (Encycl. civ., V° Erreur, n° 32 s.).

positif ; aussi le juge ne peut-il, avec la meilleure volonté, le faire coïncider avec une notion d'obligation de renseignement au contenu complet. Ne serait-ce que par les termes restrictifs de l'article 1116 du code civil, une barrière doit inévitablement arrêter ce mouvement. C'est pourquoi, au sens de ce texte, le simple silence ne peut constituer réticence dolosive.

- La notion de dolus bonus entraîne, ensuite, une distorsion entre les deux techniques juridiques. L'évolution du concept, très singulier, de dol toléré traduit une fort heureuse tendance à la réduction de son domaine, ce qui ne peut que bénéficier à la protection de la volonté individuelle (21). Certes, il convient de ne pas confondre l'exclusion de la simple réticence avec l'admission du dolus bonus (22). Cette assimilation ne se conçoit que lorsque la réticence n'est pas fautive, c'est-à-dire lorsque son objet concerne des renseignements que le contractant doit, de par la loi ou les usages, fournir à son cocontractant. Si la confusion totale des deux notions est impossible, la notion de dol toléré ne constitue pas moins une amputation sérieuse du contenu de l'obligation de renseignement sur la légitimité de laquelle il est d'ailleurs permis de s'interroger.

95 Pour cette raison, un souci de terminologie plus précise impose de parler de silence plutôt que de réticence. Juridiquement, le premier terme s'adapte mieux à la situation envisagée. La réticence, en elle-même et par son rattachement au dol, est bien moins large que le silence et exige une appréciation morale : la réticence est un acte commis par mauvaise foi contractuelle alors que le défaut de renseignement à autrui peut-être accompli en toute bonne foi, faut-il pour cela accepter cet état de fait ? Les circonstances évoquées relatives aux agissements des parties ou à la nature du contrat s'attachent à des faits susceptibles de se produire en dehors de toute intention dolosive. Par ailleurs, l'obligation de renseignement ainsi conçue s'éloigne du dol par la conception de sa sanction. Les caractères délictuels du dol interfèrent sans cesse avec l'idée de vice du consentement et,

(21) - Infra n° 204.
(22) - Mazeaud, Obligations n° 193 ; Commission de réforme du code civil, Travaux 1947 48 p. 183.

à cet égard, l'obligation étudiée s'approche bien plus du régime de l'erreur. Les études doctrinales ont suffisamment démontré que la condition essentielle de la sanction de la réticence réalisée est la gravité de l'atteinte au consentement, non la nature du procédé et les efforts judiciaires sont à souligner. L'extension ainsi réalisée de la notion de dol permet la couverture de plusieurs hypothèses de silence entraînant erreur mais le rattachement nécessaire au dol contient en lui-même les limites pratiques de cette construction. L'obligation de prévision du professionnel va peut-être permettre de réaliser un complément judicieux à cette oeuvre.

B - L'obligation particulière de renseignement du professionnel :

96 Le fabricant ou le vendeur de certains biens voit peser sur lui une obligation particulière dépassant la simple fourniture de renseignements. Elle crée un véritable devoir de prévoir (23) les conséquences de sa création ou de son activité pour l'acquéreur. Cette forme de service "après-fabrication" ou "après-vente", sauf stipulation expresse, n'est pas généralisée puisqu'elle se résume à deux catégories de biens. L'objet peut exiger par sa fragilité, sa complexité particulière,une véritable assistance technique qui peut entraîner des obligations positives. Il peut ensuite s'agir d'une chose dangereuse,donc requérant des précautions précises de manipulation ou d'utilisation, et, dans cette première voie, elle s'est d'abord développée (24).

---

(23) - Bernard Gross "Essai sur la notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats", thèse,Paris 1964, p. 211 n° 219 ; Denise Nguyen Thanh - Bourgeais et Janine Revel, La responsabilité du fabricant en cas de violation de l'obligation de renseigner le consommateur sur les dangers de la chose vendue, J.C.P. 1975 doctrine 2679 ; Philippe Malinvaud, La responsabilité du vendeur à raison des vices de la chose, J.C.P. 68, éd. G., I,2153.

(24) - Bourges 27 juin 1893 D. 94 J. 573 ; Com. 28 novembre 1963 G.P. 64,1,281 ; T. com. Paris 19 avril 1971 J.C.P. 71 II 16752 note PL - R.D.C. 1971 p. 1072 n° 17 obs. Hémard- R.D.Civ. 1971 p. 870 obs. Cornu - D. 71 J. 482 - G.P. 71,2,401 note Fourgoux. Cette orientation conserve toute son actualité comme le montre la loi du 10 juillet 1975 relative aux cosmétiques.

Le vendeur doit informer l'acheteur des conditions d'efficacité du produit dès lors que celui-ci est délicat, nouveau ou dangereux mais la jurisprudence réduit cette obligation aux relations du vendeur professionnel avec l'acquéreur profane. Matériellement, elle s'accomplit par la fourniture d'un mode d'emploi, d'une mise en garde. M. Malinvaud a eu l'occasion de préciser les caractères de cette mise en garde (24 bis) qui doit être complète, incorporée au produit, explicite et intelligible. Or, ainsi reconnue, l'obligation de prévision du professionnel est remarquable, dans son contenu, par son aspect prospectif. Elle oblige le garant à un effort d'imagination, tout au moins dans son contenu originel. Etroitement liée au produit, l'obligation voit son contenu conditionné de la sorte : "L'obligation de renseignement est alors incluse dans l'obligation générale de sécurité qui est liée à la garantie contre les vices cachés" (25). Les décisions récentes conservent cet aspect de l'obligation mais l'ont détaché, avec difficulté, de la théorie des vices cachés ce qui, assurant l'autonomie de l'obligation, ne peut que permettre son développement en liaison avec la protection directe de l'acquéreur (26).

Pourtant, les juridictions sont, en la matière, allées au-delà de ce premier aspect de l'obligation. Le professionnel est actuellement, dans la vente, non seulement tenu de renseigner mais encore de s'enquérir de l'utilisation envisagée de la chose auprès de l'acquéreur (27). Si la jurisprudence est rare, en cette matière, la solution est logique et admise (28). Ici, à nouveau, l'influence de la théorie des vices cachés se fait sentir mais la solution a pour consé-

---

(24 bis) - Note sous Com. 16 oct. 1973 J.C.P. 74 II 17846.

(25) - Ex : Com. 25 novembre 1963 G.P. 64,1,281 (fabricant d'un vernis dont l'emploi est dangereux) ; de Juglart, chron. Préc. n° 950 et 993.

(26) - Notamment Civ. 1° 31 janvier 1973 J.C.P. 75 Doct. 2679 ; dans le même ordre d'idées, les articles 46 à 49 de l'ordonnance 1483 du 30 juin 1945 constituent en délit la vente, par un commerçant, sans facture.

(27) - Gross, op. cit. n° 224 p. 214 ; J.F. Overstake, la responsabilité du fabricant de produits dangereux, R.D.Civ. 1972 n° 16 p. 485.

(28) - La décision du 31 janvier 1973 est particulièrement nette à cet égard.

quence la nécessité de renseigner de façon précise, explicite et en tenant compte des connaissances techniques particulières d'un acheteur non averti.

Ces solutions ont été particulièrement bien appliquées par une décision récente de la Cour de Paris, le 15 mai 1975 (29). En l'espèce, une entreprise passe, sur le vu d'une proposition détaillée, commande, à un constructeur de matériel informatique, d'un ensemble électro-comptable. La mise en service du matériel fait apparaître à l'acheteur des difficultés d'utilisation tenant à la programmation. L'expertise démontre la parfaite qualité technique du matériel mais souligne son inadéquation, la machine étant trop importante, compte tenu du travail que peut lui fournir l'acquéreur. Ce dernier, invoquant les légers défauts de fonctionnement et l'inadaptation du matériel, réclame, outre des dommages-intérêts, la résolution de la vente. La Cour rejette la demande en relevant l'absence de vice de la chose, les erreurs étant "usuelles pendant la période d'adaptation", ainsi que le défaut de tout vice du consentement.

L'intérêt de la décision résulte, du point de vue de cette étude, des remarques complémentaires de la Cour de Paris qui précise, avec clarté, le contenu du devoir de conseil du vendeur. Ses limites positives peuvent être caractérisées par plusieurs traits :

- Le vendeur professionnel a, tout d'abord, une obligation de renseignement, stricto sensu dont le contenu dépend du matériel fourni et dont l'exécution permet à l'acquéreur de connaître tous les éléments qui autorisent un usage efficace du bien. L'obligation se double d'un devoir de mise en garde, au cas de vente de produits dangereux.

- Selon les circonstances, le vendeur est tenu d'une assistance technique l'obligeant à prévoir, selon l'organisation et les besoins du client, l'adéquation du matériel vendu. Jusqu'où doit aller ce devoir de conseil ? L'obligation existe mais ne peut conduire le vendeur à se substituer à l'acquéreur. Elle consiste à évaluer les besoins de l'acquéreur et à le renseigner sur les possibilités du matériel proposé : "Un devoir de conseil, dit la Cour, incombe à tout fournisseur de matériel électronique qui est d'autant plus rigoureux que ses clients sont

---

(29) - J.C.P. 1976 II 18265, note Michel Boitard et Jean-Claude Dubarry.

mal informés en la matière".

- Mais, ajoute t-elle, "à défaut de convention à ce sujet,il ne peut être reproché à l'intimé (le vendeur) de ne pas s'être immiscé dans les calculs de rentabilité propres à l'appelante".L'absence de recours à un consultant n'exonère pas le vendeur de son obligation de renseignement.

97 Ainsi définie, l'obligation de renseignement du professionnel présente certains traits caractéristiques :

Elle porte sur un bien exempt de tout vice de fabrication. L'objet de la vente,parfaitement conçu ou mis en vente,est source de préjudice pour l'acquéreur par l'absence d'indications suffisantes d'utilisation. Ce caractère explique la nécessité pour le juge de détacher ces solutions de la théorie des vices cachés, particularité qui renforce le caractère d'obligation de renseignement, au détriment de toute critique du bien lui-même. La détermination du domaine de l'obligation s'effectue avant tout selon le caractère dangereux ou délicat du produit.

- Quelle est la qualification de l'obligation ? Son mouvement d'autonomie se marque par un retrait par rapport au dol. La sanction de l'obligation de prévision du professionnel n'est pas à rechercher par le dol mais par la responsabilité civile. La solution est incontestée (30) et,est facilitée par le sort qui est, de plus en plus, celui du professionnel, vendeur ou fabricant. Il ne s'agit que d'une application du principe général selon lequel ce contractant est présumé connaître le bien qu'il a créé ou mis en vente. La sévérité judiciaire, donc le contenu de l'obligation,s'accroît lorsque la disproportion économique des deux parties s'accentue ce qui profite essentiellement au consommateur inexpérimenté (31). L'admission du principe de la responsabilité civile du vendeur est, par ailleurs, favorisée par l'existence fréquente d'un dommage matériel ou corporel tangible. Il est alors tentant, à juste titre, de fonder ces solutions sur la création prétorienne de

(30) - Cf : jurisprudence citée dans la note au J.C.P. 1975 Doct. n° 2679 (n° 14 s.)

(31) - Cette solution reste conforme aux principes généraux de la responsabilité civile - H.L. Mazeaud et Tunc, Traité de responsabilité civile, 6e éd. Paris 1965, t. I n° 205 2.

l'obligation de sécurité, conception permettant à MM. Mazeaud de rattacher l'obligation de renseignement à l'obligation de sécurité elle même (32). L'extension de la garantie à l'encontre, notamment, du professionnel justifie cette assimilation surtout dans les ventes de choses dangereuses.

Quoiqu'il en soit, produit dangereux ou complexe, l'obligation de prévision du professionnel est une variante de l'obligation de renseignement ; cette unité apparaît à l'étude de leur fondement.

§ 2 : Le fondement classique de l'obligation de renseignement.

98 La jurisprudence conclut au dol par réticence lorsque le contractant s'oppose, par un silence coupable, à la bonne foi contractuelle à laquelle se fie le cocontractant (33).Qu'il s'agisse de réticence ou d'obligation particulière du professionnel, la période actuelle paraît être au seuil d'une évolution certaine,quoique difficilement perceptible.

Il s'agit tout d'abord de la réticence. Le fondement juridique de sa sanction est le dol. Or celui-ci, dans la théorie générale, est sanctionné non en raison de la nature, de la gravité des moyens utilisés,mais à cause de la tromperie qui l'a entraîné, de la gravité de l'atteinte à la bonne foi (34). La bonne foi a souvent été conçue de manière restrictive par le juge consulaire, attitude qui explique l'admission du dolus bonus et, par là même, la confusion fréquente de ce concept avec la réticence, par les adversaires de sa sanction. Cette conception, partiellement exacte, est abusive. Mais, si elle est insuffisante à expliquer toute la jurisprudence, elle n'en souligne pas moins la liaison de l'obligation de renseignement avec la bonne foi et le juge fait donc un appel constant à ce fondement.

---

(32) - Mazeaud, Obligations, n° 193 p. 162.
(33) - Paris 22 janvier 1953 G.P. 53,1,137 (vente de tableau)
(34) - M. Ghestin a fermement contesté le fondement du dol par la seule bonne foi. Citant plusieurs espèces, il a voulu montrer que l'élément essentiel du dol reste la provocation de l'erreur, élément inexistant dans la réticence (th. préc. n° 98 s.).

En réalité, et le mouvement a déjà commencé, cette opinion est à nuancer. Si l'explication juridique reste l'atteinte à la bonne foi contractuelle, ce concept est entendu si largement qu'il dépasse le dol lui-même. Le juge a vite perçu les limites de ce carcan. L'article 1116 a permis la sanction du silence mais nuit, actuellement, à son développement, aussi, les agissements de mauvaise foi constitués par le silence sont-ils entendus souplement.

Ces remarques fondent, bien plus nettement l'obligation particulière du professionnel de la vente. Son existence même permet de souligner cet effort d'autonomie de l'obligation de renseignement par rapport au dol. L'évolution de son fondement juridique traduit le passage du recours au dol, aux vices du consentement vers la responsabilité civile. L'amélioration de la protection de la volonté individuelle est certaine puisque la sanction peut être prononcée non plus uniquement à la suite d'actes de mauvaise foi caractérisés mais en raison d'une simple faute civile. La réticence n'aurait pu suffire à justifier les solutions actuelles. Le dol suppose, malgré la meilleure volonté d'interprétation de l'article 1116, une attitude de mauvaise foi, elle-même extériorisée. L'obligation renforcée du professionnel apparaît certainement comme une variété de l'obligation de renseignement, créée par le juge avec une apparence d'autonomie afin d'échapper aux limites étroites du dol, lequel n'aurait pas permis la création éventuelle d'une théorie générale de l'obligation de renseignement. Celle-ci doit, en effet, être détachée de toute considération, a priori, de mauvaise foi pour ne se rattacher principalement qu'à l'erreur (cette attitude justifie le fondement juridique de nombreuses décisions par l'obligation de garantie), assurant ainsi le complément indispensable de l'article 1110 du code civil.

99 De façon générale, l'obligation de renseignement, telle que l'entend la jurisprudence, résulte du devoir de loyauté que l'article 1134 du code civil met à la charge de chaque contractant. Il s'agit, à nouveau, non pas de l'absence de mauvaise foi telle que la sanction de la réticence la conçoit mais d'une bonne foi au contenu positif d'autant plus précis que la disproportion des forces contractuelles l'exige. La réalisation ainsi faite d'un fondement général de

l'obligation est pleinement justifiée. La nature des circonstances et, le plus souvent dans la vente, la compétence du vendeur s'opposant à l'inexpérience de l'acquéreur, consommateur au petit commerçant (35), empêchent véritablement l'individu de pouvoir se renseigner lui-même valablement.

L'appel à la bonne foi ne correspond pourtant pas à toutes les hypothèses. Cette notion renferme des limites nécessaires et exigées par la bonne foi elle-même, ainsi que par la stabilité contractuelle. Il faut ainsi mériter la protection, avoir droit à être renseigné. Cette exigence se résume à la nécessité pour le contractant, qui reproche au vendeur son défaut d'information, de ne pas lui-même avoir connu le renseignement exigé. M. Gross étudie ces limites dans le cadre de l'obligation de garantie du contractant ; ces solutions peuvent également être étendues à la notion plus vaste de bonne foi qui fonde l'obligation.

- La première condition conduit à écarter l'obligation de renseigner lorsque l'acquéreur connaît l'objet du renseignement. Le vendeur qui se voit reprocher sa négligence peut opposer cette mauvaise foi du demandeur.

- La seconde condition résulte de l'apparence physique de la chose vendue qui, en elle-même, permet soit d'obtenir le renseignement visé, soit, par son caractère suspect ou révélateur, d'inciter l'acheteur à s'enquérir lui-même de la situation exacte du bien, de son utilisation et de ses dangers éventuels. L'exigence du caractère excusable de l'ignorance de l'acheteur est directement liée à cette réclamation (36) . Les usages, dont M. Gross (37) souligne le rôle,imposent fréquemment une vérification du produit car il n'est pas question d'obliger l'informateur à se substituer à l'acquéreur du bien.

100 A ce point de vue, une théorie générale de l'obligation de renseignement est, actuellement, sensiblement limitée. Si le critère de l'obligation (son existence lorsque le contractant en bénéficiant

(35) - Poitiers 14 avril 1970, préc.
(36) - Com. 24 janvier 1968 J.C.P. 68 II 15429 ; Dijon 4 juillet 1958 J.C.P. 58 II 10714.
(37) - Gross, op. cit, n° 21 p. 206.

est dans l'impossibilité de se renseigner seul) a le mérite de la clarté et de la justice, il défaille par son contenu. L'aspect positif de l'information est délicat, voire impossible, à déterminer. La Cour de Paris en 1953 (38) considère qu'elle vise "toutes les circonstances que l'acheteur a intérêt à connaître", formule à laquelle la jurisprudence actuelle se réfère toujours (39) sans pouvoir en tracer avec précision les limites exactes.

Mme Nguyen-Thanh en conclut au renvoi au principe général de l'article 1135 du code civil (40), solution certes conforme au fondement actuel de l'obligation mais qui n'apporte guère plus de précisions. Rien ne remplace l'existence d'une réglementation précise fixant avec certitude l'existence et le contenu de l'obligation de renseignement. Il est remarquable que la vente commerciale connaisse le plus fréquemment ce procédé.

SECTION 2 - Les obligations légales de renseignement.

Si l'énumération de ces hypothèses peut paraître hétéroclite (§ 1), son unité est certaine et permet d'en tirer des conclusions critiques (§ 2).

---

(38) Préc.

(39) - Paris 13 novembre 1962 J.C.P. 63 II 13154 ; Guyot, Dol et réticence, Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant p. 287 ; Certes un contenu minimum peut être déterminé mais il correspond à des situations extrêmes : l'obligation ne peut forcer le vendeur à se substituer à l'acquéreur qui conserve un devoir de vigilance apprécié selon les circonstances par le juge. La prévision du vendeur professionnel et habitué à un commerce précis sera, bien sûr, renforcée, mais, à l'inverse, l'obliger à dénigrer son produit serait l'arrêt de mort du commerce.

(40) - Note préc. n° 19-20 p. 10 ; Com. 16 octobre 1973 J.C.P. 74 II 17846 note Malinvaud.

§ 1 : Détermination des obligations légales de renseignement :

Elles se classent en deux catégories selon leur technique : il s'agit tantôt d'effectuer certaines déclarations avant la vente, tantôt de donner une forme précise au contrat en y incluant certaines mentions :

A - L'obligation de déclarer les vices de la chose :

101 M. de Juglart a mis en valeur la liaison existant entre la théorie des vices cachés et celle de l'obligation de renseignement (40). Celle-ci naît "du fait du créancier" par son impossibilité objective ou subjective de se renseigner lui-même. Les solutions admises en matière de vice caché ne seraient qu'une application de ce principe général. La gravité du vice permet l'annulation de la vente ou la réduction du prix s'il n'a pas été déclaré à l'acquéreur. L'existence de l'obligation de renseignement étant admise, l'auteur précise immédiatement que son contenu est limité par la jurisprudence. Si l'acheteur connaît l'existence du vice, que sa connaissance soit réelle ou, pour le professionnel, présumée, le vendeur se trouve déchargé de son obligation.

Par ailleurs, au cas plus particulier de ventes de certains animaux domestiques légalement énumérées, la loi détermine les vices qui doivent être déclarés par application de l'article 285 du code rural concernant les équidés, les bovidés et les porcins. Peut en être rapprochée la loi du 22 décembre 1971 sur les ventes des chiens et chats prévoyant la nullité du contrat lorsque, dans les 15 jours de la vente, l'animal est frappé de certaines maladies. La règle a pour conséquence de diminuer "la sanction due à la violation négative de l'obligation de renseignement" (41).

102 Le vendeur a l'obligation de déclarer les vices de la chose vendue. Pourtant, dès que le vice perd, pour l'acquéreur, son

---

(41) - de Juglart, chron. préc. n° 20 p. 11.

caractère caché, et devient apparent, l'obligation de renseignement du vendeur disparaît : solution équitable puisqu'il n'est pas du rôle de la loi d'inciter le contractant à une passivité coupable. C'est l'opinion de M. Gross (42) qui remarque que "la loi protège les contractants mais elle ne va cependant pas jusqu'à encourager une inertie totale de leur part ; le minimum que l'on puisse exiger du garanti est qu'il se rende compte, par lui-même, de tout ce qui normalement est visible". La détermination du caractère apparent du vice devient alors essentielle puisqu'elle conditionne l'existence de l'obligation. Le critère utilisé est la référence à l'attitude du bon père de famille,ce qui oblige l'acquéreur à un examen attentif du produit (43). Il n'y a pas de difficulté si le vice est manifeste (44) mais le vice apparent est également celui qui est décelable par "un individu de diligence moyenne en procédant à des vérifications élémentaires" (45) ou "par un acheteur sérieux en procédant à un examen attentif" (46). L'obligation apparaît lorsque la recherche des vices dépasse la diligence moyenne du bon père de famille. Pratiquement, l'acheteur doit vérifier la chose vendue dès réception ou livraison (47) mais la déchéance de la garantie, donc l'absence de sanction de l'obligation de renseignement précontractuelle,n'est pas encourue si l'apparence du vice n'existe qu'après le contrat, lors de l'utilisade la chose vendue (48).

---

(42) - Gross, op. cit. n° 206 p. 198.
(43) - Req. 26 décembre 1906 D. 1907,1,279 ; Cass. 18 décembre 1962 D. 63 J. 114 ; Angers 15 février 1960 G.P. 60,1,289 ; Ghestin th. préc. n° 275 p. 321.
(44) - Req. 14 décembre 1903 D.P. 1904,1,173 ; Civ. 3° 3 octobre 1969 Bull. III n° 624.
(45) - T. civ. Seine 21 décembre 1956 557,120 - D. 57 J. 47.
(46) - Angers 15 février 1960 préc.
(47) - Req. 1° mars 1876 S. 76,1,318 - D.P. 77,1,155 ; Bordeaux 16 août 1854 D.P. 55,5,465 ; Sur la notion de réception : Dalloz, Rep, V° Vices redhibitoires n° 84.
(48) - Req. 31 juillet 1905 D.P. 1908,1,148 ; Req. 15 novembre 1927 S. 28,1,52 - J.C.P. 28 - 126 ; Civ. 3° 22 juin 1967 Bull. III n° 261 p. 253 ; Com. 20 avril 1970 D. 70 Som. 160 - Bull. IV n° 125 p. 116.

Le critère, il est vrai, doit être nuancé, par la place des usages qui précisent souvent le rôle de l'acquéreur et, par là, celui du vendeur définissant de manière résiduelle l'obligation (49). Par ailleurs, les circonstances de l'espèce imposent souvent une appréciation in concreto du contenu de l'obligation. La prise en compte de la compétence particulière de l'acheteur est essentielle : le vice peut devenir apparent en raison des connaissances techniques de l'acquéreur (50) ou, à l'inverse, son défaut de spécialisation oblige à déclarer un vice que seul un professionnel aurait pu déceler (51). La nature particulière de la vente est ensuite à considérer : les ventes d'objets d'occasion voient ainsi la caractère caché du vice apprécié plus sévèrement ; par conséquent, l'acquéreur qui doit s'attendre à ce que la chose soit naturellement viciée est contraint d'être plus vigilant (52).

Il serait cependant vain de vouloir accorder à l'acquéreur une protection extrême par cette obligation de déclarer. Elle contient, en effet, une limite importante : afin d'obliger l'acquéreur à une activité minimale, le juge lui impose parfois de quérir lui-même l'exécution de l'obligation, ce qui sort du cadre strict de l'obligation de renseignement : l'acquéreur doit alors recourir à une personne plus éclairée sous peine de perdre, par cette négligence, son droit à garantie (53).

---

(49) - Dans les ventes de marchandises sous caisse, il est ainsi d'usage que l'acheteur soulève le couvercle d'une caisse pour effectuer la réception.

(50) - Civ. 1° 18 décembre 1962 D. 63 J. 114 (Connaissance par un garagiste des défectuosités d'un moteur) ; Com. 5 octobre 1965 D. 65 J. 831.

(51) - Req. 15 novembre 1927 G.P. 28,1,80 ; 5 juin 1929 G.P. 29,2,433 ; Paris 13 juin 1963 G.P. 63,2,138 ; La compétence des parties est souvent présumée et la qualité de professionnel impliquant la connaissance du vice fait échec à l'idée d'obligation de renseignement : Com. 11 février 1965 D. 65 Som. 84 - Bull. III n° 114 p. 97 ; le commerçant voit donc sa situation contractuelle aggravée lorsqu'il se situe en position d'acquéreur : Civ. 1° 18 décembre 1962 D. 63,114 ; Com. 17 décembre 1964, Bull.III n° 571 p. 506.

(52) - Com. 5 février 1962 Bull. III n° 74 p. 61 ; Civ. 1° 29 mai 1963 G.P. 63,2,363 - R.D.Civ. 1964,573 obs. Cornu.

(53) - Bordeaux 10 décembre 1928 D.P. 29,2,81.

103 Est-il possible de tirer une conclusion plus large de cette obligation ? Le législateur a-t-il voulu préciser, dans une hypothèse particulière, une obligation générale de renseignement compte tenu des exigences spéciales à la situation ? M. Ghestin (54) conteste fermement l'existence, en droit positif, d'une telle conception et, à partir des mêmes données, tire les conclusions inverses. Par un raisonnement a contrario, il souligne que si la loi crée une obligation de renseignement spécifique, c'est pour pallier la carence d'une obligation générale. Si les deux formes de raisonnement peuvent théoriquement être tenues, l'existence d'autres obligations légales permet, peut-être, de trancher l'alternative.

B - Les mentions obligatoires dans certains contrats de vente :

La principale application de cette technique est longtemps restée en vigueur en matière de vente de fonds de commerce, le législateur y a ajouté le droit de l'étiquetage informatif.

1) Les mentions obligatoires dans les ventes de fonds de commerce :

104 Certes, la présente étude ne concerne-t-elle que la vente commerciale de meubles corporels. Cependant son extension, en l'espèce, au fonds de commerce apparaît nécessaire car la réglementation de la vente du fonds de commerce est un exemple classique de la méthode étudiée. Ce contrat voit multiplier les risques d'erreur, quand bien même il n'y aurait fraude de la part du vendeur. La loi du 29 juin 1935 (art 12 s.) s'efforce de fournir à l'acquéreur, par l'intermédiaire du vendeur, les facteurs d'indication de la valeur réelle du fonds (55). Juridiquement, le procédé se rapproche de l'étiquetage

---

(54) - Ghestin, th. préc. n° 275, p. 321.
(55) - Ces mentions concernent : l'origine ou la propriété du fonds, les inscriptions prises sur le bien, la description du bail, le chiffre d'affaires et les bénéfices commerciaux.

informatif. Son apparition, relativement précoce, se justifie par des considérations d'espèce. Le vendeur est présumé en situation économique puissante par la masse des informations qu'il possède de manière privilégiée. De son côté, l'acquéreur, à défaut même de tout dol, ne peut découvrir par lui-même ces éléments d'appréciation. A l'évidence, le souci de justice et de bonne foi contractuelle a permis d'atténuer ce risque d'inégalité (56). L'intérêt général n'est cependant pas exclu de ces considérations (57), mais la sanction de l'inobservation de ces règles étant la nullité relative, elle traduit la préoccupation de protection essentielle de l'acquéreur (58).

La jurisprudence a voulu rendre effective cette protection. Se méfiant de la légèreté de l'acquéreur négligent de ses droits, le juge décide que son affirmation d'avoir pris connaissance des renseignements à fournir ne peut valablement remplacer leur mention effective au contrat (59). Dans le même esprit, le législateur (art. 13) interdit expressément les clauses de non garantie que le renvoi général de la sanction de l'inexactitude des mentions à la théorie des vices cachés autoriserait logiquement (60). Enfin, l'énumération à l'acte des mentions est obligatoire, solution logique liée à la nature du procédé, extrêmement formaliste, de protection. La loi établit pratiquement un contrôle a priori de la régularité, de la sincérité de l'opération mais la sécurité juridique impose cette précision.

La seule limite à l'application protectrice de l'esprit de la loi est judiciaire : l'annulation est facultative pour le juge qui en apprécie l'opportunité compte tenu des circonstances, c'est-à-

---

(56) - Solutions à rapprocher de la fourniture obligatoire de documents d'une partie à la demande de l'autre dans le procès civil : D. 20 juillet 1972 ; Dans le même ordre d'idées, M. de Juglart (n° 29 p. 15) cite comme exemple d'obligation de renseignement née du débiteur la loi du 13 juin 1907 sur le commerce des engrais, renforçant la loi du 4 février 1888 et le décret du 3 mai 1911.

(57) - Cf. J.C.L. com., Fonds de commerce, fasc. X bis.

(58) - Toulouse 5 mai 1947 J.C.P. 48,2,4185 note Toujas.

(59) - Lyon 26 juillet 1950 D. 51 J. 97 note Ripert ; Com. 18 octobre 1971 Bull. IV n° 242 ; les auteurs contemporains, dans le même sens, tendent à écarter les ventes verbales du champ de la loi.

(60) - Com. 26 juin 1973 D. 73 I.R. 193.

dire essentiellement de l'importance du vice du consentement. Le principe selon lequel la connaissance du renseignement fait disparaître l'obligation s'applique à nouveau, que la connaissance soit réelle ou présumée (61), soulignant, s'il en est besoin, les liens avec l'article 1110 du code civil.

105 Si cet objectif protecteur est certain, son mécanisme est sujet à controverse. L'inobservation de la loi peut d'abord être conçue comme constituant la preuve d'un vice du consentement ce qui, pour le demandeur, a l'avantage d'écarter les contraintes légales ou jurisprudentielles de la théorie classique. A l'inverse, la nullité peut être prononcée de plein droit dès le constat judiciaire de l'inobservation de la formalité. Cet automatisme qui a les faveurs des intransigeants de la protection individuelle s'effectue aux dépens de la sécurité juridique. Si elle a parfois rallié la jurisprudence, la première tendance l'emporte cependant (62). C'est à l'acquéreur qu'il revient de prouver que l'omission de renseigner a vicié son consentement en le préjudiciant (63) ; le caractère facultatif de la sanction contribue d'ailleurs à cette orientation. Le choix ainsi fait rappelle fortement l'action née de la théorie de l'erreur et le juge apprécie, de façon effective, l'importance du vice. La sanction doit être méritée et l'erreur, excusable.

Par son formalisme et sa rigidité, le procédé, certes lourd, est très efficace ; une technique voisine paraît être utilisée en matière d'étiquetage.

2) L'étiquetage informatif :

106 Parallèlement à la publicité du prix, l'étiquetage informatif a fait son apparition juridique (64) en France. Cette forme

(61) - Paris 17 mai 1967 R.D.C. 67,752 n° 13.
(62) - Com. 6 janvier 1954 Bull. III n° 4 ; sur la seconde tendance : Paris 23 mars 1957 J.C.P. 58 IV éd. G. 3.
(63) - Paris 12 octobre 1962 D. 63 J. 167 ; contra Civ. 3° 29 janvier 1963 Bull. III n° 75 p. 61.
(64) - L'arsenal avait, au plan des idées, été précédé des efforts des praticiens ayant abouti, en 1970, à la création de l'Association française d'étiquetage d'information dont les efforts, extra légaux, sont à souligner : Vasseur, Cours préc. n° 7 p. 513 et Nguyen Thanh, th. préc. n° 709-715.

originale d'obligation légale de renseigner s'adresse au consommateur et résulte d'un décret du 12 octobre 1972 portant, de façon signifi cative, application de la loi de 1905 sur les fraudes. C'est pourquoi M. Bihl (65) constate que si le texte édicte des règles positives de conduite, certaines obligations négatives s'imposent au vendeur, obligations que rappelle l'article 1° : respect des dispositions de la loi de 1905, du 6 mai 1919 et du 26 mars 1960, absence de publicité mensongère par l'étiquetage. Ce rappel résulte de la constatation que l'étiquette,support publicitaire, prend, aux yeux du public, les allures d'un véritable label de qualité. En fait, ces remarques,fort justes, n'intéressent l'obligation de renseignement qu'au second plan. Elles ont un contenu négatif et ne servent que de support à l'obligation sans en fixer le contenu. Ce rôle revient pour l'essentiel au décret du 12 octobre 1972.

M. Gaussel a, en son temps, souligné l'ésotérisme de l'ancien système d'étiquetage (66) et, sur ce premier point, le décret innove de façon judicieuse : l'étiquette du produit ou son identification doit comporter par ordre d'importance décroissante tous les composants du produit, de manière compréhensible (67). A l'exception des produits pour lesquels cette prévision est impossible, la date de péremption du produit est à indiquer (68).

La seconde innovation concerne l'exigence de l'indication des références du responsable de la fabrication, du conditionnement, du préemballeur,ce qui devrait autoriser ou faciliter un recours éventuel du consommateur.

Ces obligations positives complètent utilement le système légal de publicité des prix. Au plan des principes, celle-ci, cependant, n'est pas de même nature que les mentions descriptives du produit. Le prix est un élément que l'acheteur connaît inévitablement et

---

(65) - Luc Bihl, Les règles de l'étiquette, G.P. 1973,2, Doct. 733
(66) - A. Gaussel, Un panier de mensonges 1975 ; Quin, Les consommateurs 1965 ; les conserves que l'I.N.C. considère comme denrées consommables gardent malheureusement, leur code.

(67) - Ainsi que la catégorie des additifs : arrêté du 16 novembre 1973
(68) - L'arrêté n° 12374 du 16 novembre 1973 souligne le souci d'effectivité de l'information en exigeant notamment que les indications soient précédées de la mention "date limite de vente".

sur lequel son accord est nécessaire, en vertu de l'article 1583 du code civil, à l'existence du contrat. Comme le précise M. Bihl (69): "L'obligation faite aux commerçants et prestataires de service d'informer exactement le consommateur du prix de leurs produits ou services est, en soi, une bonne chose, mais il faut reconnaître que le danger pour le consommateur, dans ce domaine, n'était pas bien grand et que si l'arrêté du 16 septembre 1971 constitue un pas en avant, c'est un bien petit pas". D'un point de vue psychologique pourtant, la publicité des prix est intéressante : le consommateur, par faiblesse ou timidité, ignorant le prix du produit, peut se laisser convaincre par les apparences et ne connaître le prix qu'après, paradoxalement, l'avoir accepté ! La séduction des arguments commerciaux y contribue vivement. L'arrêté ministériel du 16 septembre 1971 (70) par la généralité de son application résout largement cette difficulté puisqu'il s'étend à tous les produits destinés à la vente (71).

La technique publicitaire est l'étiquette ou à défaut le marquage du prix sur le produit. Essentiellement orientée vers la protection du consommateur, cette réglementation ne s'applique qu'au commerce de détail. L'idée constante est l'incapacité du consommateur (le professionnel, par principe adulte, n'a pas besoin de cette protection ce qui explique que le détaillant soit seul poursuivi, à l'exclusion des commerçants en amont de la chaîne de commercialisation).

107 Apparemment parfaitement protégé par cette construction juridique, le consommateur l'est moins en pratique. Il est vain de se leurrer sur la valeur actuelle de l'étiquetage. Celui du prix, pour efficace et complet qu'il soit, n'a pourtant qu'une utilité relative. L'étiquetage informatif proprement dit contient, quant à lui, des limites intrinsèques.

Le domaine de la réglementation est limité : le décret ne s'applique, c'est regrettable, qu'au seul commerce de détail alimentaire. Il est à souhaiter que les pouvoirs publics n'aient voulu qu'effectuer

(69) - Bihl, chron. préc. p. 232.
(70) - Circulaire du 14 janvier 1972.
(71) - Les dérogations sont d'ailleurs pleinement justifiées.

un premier pas, susceptible de complément, dans l'avenir.

- Le texte prévoit la possibilité de déroger à son application. De cette faculté nuisible à la sécurité juridique, les pouvoirs publics ne se sont pas privés, notamment pour des produits de grande consommation (72).

Les textes sont complets mais leur application détermine beaucoup trop leur valeur. M. Bihl peut, avec raison, noter (73) le laxisme du Service de la Répression des Fraudes dans l'application de l'obligation d'étiquetage des produits de luxe. L'étiquetage informatif n'est pas absolu malgré son intérêt théorique. Il est à souhaiter que la discipline professionnelle pallie cette carence.

L'énumération de ces cas légaux d'obligation de renseignement, variée par son domaine et sa nature, permet sinon une théorie commune du moins une conclusion critique de cette institution.

§ 2 : Conclusion critique de l'obligation de renseignement :

108 La liste des situations créatrices de l'obligation dans la vente dévoile une variété étonnante. Les hypothèses envisagées sont disparates et apparemment dépourvues d'un dénominateur commun. La seule idée de bon sens qui semble justifier leur existence commune consiste soit dans le risque particulier d'erreur du bénéficiaire de l'obligation, soit dans la possibilité pour le garant de l'obligation de détenir des informations privilégiées, une raison n'excluant pas l'autre. L'adjonction des autres cas d'obligation de renseignement par la loi à l'occasion de contrats particuliers ne conduit pas à des conclusions plus satisfaisantes.

Le principe même de l'obligation légale de renseignement est par ailleurs insuffisant à permettre de trancher la controverse relative à une obligation générale. Ces hypothèses particulières

---

(72) - Pour les prix : art. 12 D. 71 ; dérogations prévues par l'arrêté du 16 novembre 1973 (art. 12) en matière de vente de vin, cidre, bière, alors que les jus de fruits restent soumis au décret !

(73) - Bihl, chron. préc. p. 736.

résultent-elles de la volonté du législateur de pallier les insuffisances actuelles des solutions jurisprudentielles (74) ? L'énumération légale peut alors être entendue avec souplesse, l'esprit de la loi permettant d'étendre certaines de ces hypothèses à des cas non envisagés par les textes. A l'inverse, la loi se contente-t-elle de préciser, dans des circonstances déterminées, un principe plus général obligeant le détenteur de renseignements, sur la base de l'abus de droit, à en communiquer ne serait-ce que le minimum à son contractant ? La conséquence est alors le caractère limitatif et exceptionnel de ces solutions. Les deux conceptions sont envisageables ; le choix de l'une ou de l'autre résulte de l'adoption d'une position de principe sur l'idée de protection individuelle du consentement, sur l'opportunité d'une obligation générale.

Selon ce choix, la notion d'obligation légale est un constat d'échec ou de réussite. En fait, il est indéniable que le juge ait réussi à créer une obligation de renseignement générale mais son contenu et son domaine sont minima. Une simple constatation suffit à s'apercevoir que les cas légaux étendent l'obligation générale jurisprudentielle, ce qui ne peut que constituer un procès-verbal d'insuffisance. Entre les deux types de raisonnement, a fortiori ou a contrario, le choix s'effectue, par un souci de protection du consentement en faveur du second système mais quel en est le contenu ?

109 Le mécanisme de l'obligation légale peut-il en formuler le fondement ? L'émetteur est essentiellement le vendeur car lui seul détient les informations privilégiées relatives au contrat. La seule exception résulte de la réglementation des offres publiques d'achat (75) car l'obligation est alors supportée par l'acquéreur. En dehors de ce cas particulier, le destinataire est l'acheteur du bien ce qui, à nouveau, constitue une hypothèse dans laquelle le législateur favorise ce contractant. L'idée de supériorité du vendeur face à un acheteur désarmé est toujours sous-jacente et se renouvelle aujourd'hui par ce qu'il est convenu de nommer le "droit de la consommation". La

(74) - M. Ghestin est très affirmatif en ce sens supra n° 103.
(75) Antoine Viallard, L'offre publique de contrat, R.U.Civ. 1971, n° [illegible], p. 773.

circulation des renseignements s'effectue toujours dans cette direction, du contractant le mieux placé à celui le plus digne d'être protégé. Le bénéficiaire de l'obligation possède ce droit de par la morale et la bonne foi contractuelle exigeant cette communication l'émetteur est le détenteur des renseignements, la sanction de sa passivité résulte de l'abus du droit de conserver des éléments essentiels au contrat.

110 L'obligation légale de renseignement est une technique complémentaire de l'obligation jurisprudentielle, et le raisonnement ne doit pas être conduit de manière inverse,c'est-à-dire en déduisant d'obligations particulières une obligation générale. Le fondement de toute obligation de renseignement est la bonne foi contractuelle lato sensu qui, à l'exclusion même de toute mauvaise foi du vendeur, oblige ce dernier à collaborer au rétablissement d'un équilibre. La technique va dans le sens d'une plus grande moralisation contractuelle, fondement qui en fixe le critère.

L'obligation de renseignement est créée lorsqu'un contractant bénéficie de renseignements que lui seul peut connaître, fournir avec certitude et que son cocontractant ne peut posséder alors qu'il est juste et équitable qu'il les ait. La particulière similitude de ce critère avec celui que la jurisprudence a dégagé et à placer au mérite de la sagesse du juge.

Seul le domaine et l'étendue de l'obligation distinguent les deux catégories. Le législateur a, tout d'abord, tenu à préciser les bénéficiaires de l'obligation ou ses garants : le destinataire est souvent le consommateur, ce mouvement de protection s'accélérant à mesure que croît son inexpérience. Le garant se détermine d'après ses connaissances techniques ou professionnelles, réelles ou supposées. Mais, surtout, la loi fixe le contenu exact de l'obligation et la précision des textes est alors remarquable. L'énumération formaliste des mentions obligatoires souligne les lacunes de la souplesse de l'obligation jurisprudentielle donc son incertitude. L'utilité principale de la construction prétorienne est, par sa souplesse, sa généralité

mais son contenu est minimum et vague. Le rôle de complément des pouvoirs publics est nécessaire et constitue, pour les cas pathologiques, la voie de l'avenir ; il n'est cependant qu'à regretter le caractère limité, à ce jour, de ses interventions car, techniquement, la fonction de complémentarité de l'obligation de renseignement, vis-à-vis de la sanction de l'erreur de l'article 1110, est utile.

Cette faiblesse est essentielle et justifie le recours à des techniques complémentaires qui doivent être plus spécifiques au cadre précis de la vente commerciale : l'information du contractant.

CHAPITRE II - L'INFORMATION DES CONTRACTANTS DANS LE CADRE DE LA VENTE COMMERCIALE.

11 L'obligation de renseignement, dans son sens strict, est conçue comme le devoir pour un contractant de fournir à son cocontractant des éléments minimaux de l'acte. Son domaine ne peut, par nature, qu'être doublement limité : tout d'abord, et comme il a été vu, les éléments communiqués n'ont pas un contenu maximal mais, ensuite, au plan des principes, son mécanisme repose sur l'initiative individuelle donc, à défaut d'une législation impérative, souvent, sur une bonne volonté à la spontanéité incertaine.

Le contrat, acte individuel, constitue un fait social dont les pouvoirs publics ne peuvent se désintéresser. Cette remarque est d'autant plus évidente que la protection individuelle correspond souvent à la sauvegarde des intérêts d'une même catégorie d'individus. Le consommateur est de ceux-là ; le développement actuel du droit de la consommation ne fait que constater la nécessité et la légitimité de cette intervention. Ce contractant étant, par nature, défavorisé, sa protection a pris, peu à peu, les allures d'une représentation publique : les pouvoirs publics ou exceptionnellement les professionnels deviennent son tuteur, attendant sa complète éducation, sa majorité, pour laisser à l'initiative privée le champ libre.

Si le problème est ainsi posé en termes de protection du plus faible, de l'ignorant, qu'il s'agisse du particulier ou du petit commerçant, de tout contractant en état d'infériorité économique ou intellectuelle, sa solution est impérative. Le pragmatisme du droit commercial ne peut toujours se satisfaire des solutions parfois limitées de l'article 1110 du code civil : non seulement l'erreur doit être réparée (en ce sens l'utilité du texte civil est indéniable) mais elle doit être évitée afin de permettre le fonctionnement

normal de la vente commerciale.

Dans le cadre de la prévention de l'erreur, le complément de l'obligation de renseignement et de l'obligation parallèle du contractant de se renseigner lui-même sur le contrat s'effectue par une information générale (1). L'information se caractérise par sa double fonction : fonction d'individualisation du produit, objet de la vente (section 1) mais aussi,et surtout,garantie de qualité de la prestation commerciale (section 2).

112 Historiquement, les deux aspects ne sont pas apparus simultanément. Le rôle d'individualisation est traditionnel et,le droit des marques le souligne bien, cette fonction s'insère au mieux dans la prévention de l'erreur (2). L'évolution économique s'est traduite par le développement de la fabrication de série, la disparition des relations personnelles entre vendeur et acheteur, par une dépersonnalisation des procédés de vente, l'extension d'une publicité agressive. C'est pourquoi Mme Nguyen-Thanh peut remarquer que (3) "certes la fonction d'individualisation demeure à la base, mais elle-même subit des métamorphoses. L'accent est mis,de plus en plus,sur le produit et sa promotion". Les pouvoirs publics, par une série de techniques précises ont souligné le second aspect de l'information : la garantie de la qualité du produit, préoccupation dont l'étude de l'erreur dans la vente a montré l'actualité et la nécessité.

(1) - Par souci de terminologie, le terme "information" s'oppose, dans cette étude, à celui de "renseignement" ; l'information s'en sépare par sa généralité mais aussi par son origine puisqu'elle ne résulte pas de l'initiative individuelle. Cette remarque permettrait donc, à certains points de vue de considérer l'étiquetage comme une forme d'information.

(2) - Nguyen Thanh, thèse préc. p. 113 n° 336; Antoine Pillet "Les grandes marques" Paris 1962, p. 16.

(3) - Nguyen Thanh, thèse préc. n° 341 p. 114.

SECTION 1 L'information par l'individualisation de l'objet de la vente.

113 L'individualisation permet une information primaire mais dont l'importance ne peut être niée : le consommateur doit savoir ce qu'il acquiert sans risque de malentendu sur la nature du bien (solution qui devrait prévenir les cas, certes rares, d'erreurs obstacle). La fixation du domaine de cette information suppose une élimination de principe : l'exlusion des règles protectrices de la libre concurrence. L'identification de la prestation est étudiée à l'égard du consommateur, directement bénéficiaire de la réglementation et non à l'égard des concurrents, du sujet de ces obligations. Pour l'essentiel, le droit positif est donc constitué de celui régissant les marques de fabrique ou de commerce (4).

§ 1 : L'étendue du caractère obligatoire de l'identification de la prestation :

114 Le droit commercial connaît un premier mécanisme d'individualisation lorsque son objet est le commerçant lui-même et il faut remarquer le caractère contraignant du droit du nom ou de l'enseigne commerciale. A l'inverse, l'individualisation du produit est facultative. L'usage d'une marque de fabrique ou de commerce n'est pas obligatoire (5). La marque est conçue dans l'intérêt quasi exclusif du commerçant afin de lui permettre de distinguer son produit tant à l'intérieur de sa production qu'à l'égard de celle de ses concurrents. Les marques obligatoires ont un caractère trop exceptionnel ou limité (6) pour permettre d'infléchir cette conception.

---

(4) - Cette opinion exclut du champ de cette recherche le droit des enseignes et dénomination commerciales. Certes celui-ci contribue à l'information relative à la prestation commerciale, au sens large, mais relève essentiellement du droit de la concurrence, n'intéressant qu'indirectement l'acquéreur.

(5) - Loi du 23 juin 1857 rappelée par l'article 1° de la loi du 31 décembre 1964.

(6) - La marque est déclarée obligatoire par décret(art. 1° al. 2)en Conseil d'Etat. Cf. également : Chavanne, La loi du 31 décembre 1964 sur les marques, R.D.C. 65 p. 381.

L'explication est historique (7) la marque reste une technique individuelle résultant de la liberté du commerce et de l'industrie. Le souvenir des marques obligatoires corporatives de l'Ancien Régime a fait de la marque une technique de concurrence éloignée de tout souci de protection individuelle de l'acquéreur (8).

115 L'opinion est contestable à un double point de vue:

1) La marque, moyen d'individualisation utile au commerçant, bénéficiaire ou concurrent, remplit cette fonction à l'égard de l'acheteur du produit marqué. M. Roubier dit notamment à ce sujet (9) que : "ces signes distinctifs ont une grande valeur comme moyen de rallier la clientèle et permettent à celle-ci de reconnaître la maison ou le produit qui ont obtenu ses préférences, par exemple de meilleures méthodes de production ou de vente, peut-être même par des secrets de fabrication ou des tours de main... etc...". Le souci accru de sécurité et de gain de temps de l'acheteur peut être partiellement assuré par l'apposition obligatoire d'une marque partiellement dénominative du produit. La notion même d'erreur sur la nature de l'objet du contrat suppose une incertitude sur l'identification du produit et la liberté de marquer ou non le produit peut choquer.

2) Par ailleurs, et pour anticiper sur les développements ultérieurs, au-delà d'une séparation didactique de la double fonction des techniques d'information commerciales, la démarche psychologique de l'acheteur doit être précisée. La multiplicité des productions similaires accroît l'incertitude de la conformité du produit désiré. L'agression constante dont fait l'objet le public achève de dérouter ces contractants. Le choix d'un produit plutôt qu'un autre résulte, à prix égal, d'une option sur la qualité dudit produit. L'apparence de l'objet ne suffit pas plus que les dires du vendeur à déterminer la décision. Seul un marquage obligatoire (... et contrôlé : cf § 2) peut corres

---

(7) - Antoine Pillet, op. cit. n° 1 p. 6.

(8) - Le régime du nom commercial s'explique, par contre, par son objet de police : il est souvent une mesure de contrôle des pouvoirs publics, comme du public, et de connaissance de la situation juridique du commerçant ; Cf. P. Roubier, les droits de propriété industrielle, 2 t., 1952-1954.

(9) Roubier, op. cit. p. 1.

pondre à la volonté logique des pouvoirs publics de protéger les acheteurs contre leurs propres défauts de jugement.

116 L'exigence d'une marque obligatoire sur chaque produit ne se conçoit qu'avec la désignation correspondante d'une certaine qualité. L'étude de la seconde fonction des techniques d'individualisation démontre cette exigence mais, déjà, la réglementation particulière des ventes philantropiques souligne cette liaison entre le caractère obligatoire de la marque et la protection individuelle. La loi du 5 juillet 1973 prévoit que toute publication, imprimé ou objet vendu à domicile ou sur la voie publique dans un but philantropique doit se voir apposer une marque distinctive. La caractéristique de cette marque obligatoire est sa délivrance par le ministre de la santé publique et pour une durée précise (trois ans). La marque précise le caractère philantropique de la vente et l'émetteur du produit. La solution prouve la possibilité d'une individualisation contraignante dans le cadre d'une économie libérale ; cette marque n'est pas un gage de qualité mais répond essentiellement au souci de protection du consommateur.

M. Roubier, défenseur convaincu de la marque facultative, précise, avec raison, que (10) "dans le régime de la liberté du commerce et de l'industrie, la marque facultative peut seule constituer une garantie parce que le producteur ne marquera de ce signe que les produits dont il garantit la qualité auprès du public ; les autres produits, et notamment les produits de fabrication moins heureuse, seront vendus comme produits anonymes, et naturellement à meilleur marché". Cette constatation, généralement exacte, n'a actuellement qu'une valeur relative. Elle ne peut être absolue car la puissance actuelle de la publicité permet souvent de séparer la qualité, de la marque elle-même mais elle est exacte car la marque obligatoire ne se conçoit qu'avec un contrôle de la qualité. Or, celle-ci suppose, comme condition préalable, le rattachement effectif de la marque au produit.

---

(10) - Roubier, op. cit. n° 244.

§ 2 : Le rattachement effectif de la technique distinctive au produit mis en vente :

117 L'obligation à la marque est, en elle-même, insuffisante si elle ne s'accompagne pas d'un contrôle de sa réalité. La marque, dans son premier aspect, garde une fonction, limitée, certes, mais réelle, d'identification du produit. Peu à peu, elle se détache de son créateur pour s'identifier réellement à l'objet de la vente ; cette caractéristique est fondamentale dans la notion de marque car elle en constitue la condition: l'exemple des marques notoires suffit à s'en convaincre. Si ces signes distinctifs bénéficient d'une protection renforcée (11) la raison en est surtout cette identification exacte au produit marqué. En dehors de ce cas spécial, une formalité, le dépôt, s'accompagnant d'une publicité est nécessaire pour que cette liaison soit connue du public et se réalise effectivement. Cette volonté démontre que la confusion n'est concevable qu'à partir d'une certaine effectivité du lien ainsi dégagé. Les termes employés ne doivent pas abuser : le rattachement exigé n'est pas à confondre avec la simple description du produit. L'utilité de la marque, du point de vue de l'acquéreur, n'est pas de représenter l'objet mais de le singulariser par rapport à un ensemble. L'exigence du rattachement de la marque au produit ainsi définie se dédouble et deux questions se posent à chaque hypothèse :

- la marque désigne t-elle un produit et non une autre marchandise ?

- la marque qui désigne un produit remplit-elle cette fonction de manière suffisamment originale ?

118 Le signe distinctif ne constitue, en droit français, un droit privatif qu'à certaines conditions et le propos revient à dé-

---

(11) - Article 6 de la convention de Paris et article 4 de la loi du 31 décembre 1964 : le titulaire de la marque notoire, à défaut de tout dépôt, peut demander l'annulation de tout dépôt de marque susceptible de créer une confusion avec la sienne.

terminer lesquelles de ces conditions répondent au souci de protection de l'acquéreur.

1) A la première question semblent répondre deux exigences de validité de la marque : sa nouveauté et le principe corollaire de spécialité de celle-ci. La marque est nouvelle si elle n'est pas déjà utilisée par un tiers, donc pour une autre production, recherche s'effectuant en tenant compte de la spécialité de la marque.

L'appréciation jurisprudentielle de la nouveauté est particulièrement souple. Ainsi, les ressources du langage courant peuvent elles être utilisées pour satisfaire à cette condition au contenu minimum (12). L'effort d'imagination requis du commerçant est faible, ceci d'autant plus que joue le principe de spécialité qui permet d'apprécier la nouveauté de façon relative par rapport à la catégorie de produit en cause à une période donnée. La solution est logique face au souci d'identification du produit, celle-ci a pour objet essentiel d'éviter une confusion de produits. La méprise n'est possible et excusable que pour des biens identiques ou similaires (13). La condition de nouveauté est donc essentiellement orientée vers la protection individuelle, opinion que renforce la situation privilégiée des marques notoires : leur réputation auprès du public leur permet d'échapper à la spécialité. La marque non seulement s'identifie exactement au produit mais le déborde largement dans l'esprit du public. La législation écarte donc tout risque de confusion, d'erreur.

La souplesse jurisprudentielle ne saurait étonner si la marque est conçue non pas comme l'étiquette du produit mais comme une faveur accordée à son titulaire, une arme personnelle de concurrence. Théoriquement, la condition de nouveauté doit protéger l'acquéreur, pratiquement, elle ne constitue pas une contrainte pour le commerçant mais la confirmation d'un droit. La situation de la marque notoire

---

(12) - Voir notamment "champagne" pour désigner un parfum : T. civ. Seine 20 décembre 1945 Ann. Prop. Ind. 1948 - 249 ; "Lacroix" pour des produits détersifs : Civ. 3 juin 1959 Ann. Prop. Ind. 1960, 120.

(13) - Paris 19 octobre 1970 Bull. I.N.P.I. 1971 III p. 84 - R.D.C. 1971 p. 329 obs. A. Chavanne (affaire Mazda) ; Paris 26 octobre 1959 Ann, 1959 - 125 ; Paris 26 avril 1960 Ann. 1960 p. 163.

conçue comme une prévention de l'erreur de l'acheteur est ressentie par le juge comme le moyen d'écarter des procédés déloyaux de concurrence (14). La première limite d'utilisation de la marque semble donc éloignée de considérations de protection personnelle.

2) La réponse à la seconde question concerne la singularité du rattachement de la marque au produit. Elle résulte, en droit positif, de deux conditions exigées de la marque : la conception même de cette marque est bien précise et, par ailleurs, le signe distinctif doit présenter une originalité certaine. L'appréciation s'effectue non plus de manière relative mais directement sur le signe lui-même ce qui présage, peut-être, une plus grande certitude du lien produit-marque.

La conception de la marque est légale. L'énumération des marques admises, effectuée par le législateur permet d'affirmer que tout signe peut, sauf exception tenant au respect du droit de propriété d'autrui ou de l'ordre public, constituer la marque, tant la liste est large (15). Aucune condition particulière d'originalité intrinsèque, c'est-à-dire par rapport au produit lui-même, n'est posée. Cette solution a cependant l'avantage de limiter les inconvénients du caractère facultatif de la marque puisque, dans les faits, elle existe le plus souvent d'elle même (constatation qui caractérise la marque comme technique de concurrence). Son intégration progressive au produit conduit alors le titulaire du signe à s'occuper de la protection de ce lien créé par les faits.

---

(14) - Voir obs. Chavanne R.D.C. 1971 p. 329.

(15) - Article 1° loi du 31 décembre 1964 : "sont considérées comme marques de fabrique, de commerce ou de service, les noms patronymiques, les pseudonymes, les noms géographiques, les dénominations arbitraires ou de fantaisie, la forme caractéristique du produit ou de son conditionnement, les étiquettes, enveloppes, emblèmes, empreintes, timbres, cachets, vignettes, lisières, lisérés, combinaisons ou dispositions de couleurs, dessins, reliefs, lettres, chiffres, devises et, en général tous signes matériels servant à distinguer les produits, objets ou services d'une entreprise quelconque" sur le respect de l'ordre public : art. 3 l. 1964 ; du droit de propriété : interdiction des atteintes aux armoiries, drapeaux, emblèmes nationaux et internationaux (art. 3).

D'un point de vue juridique, cette liste appelle une remarque : la loi du 31 décembre 1964 qui a réformé le droit des marques, a élargi cette énumération en y englobant les noms géographiques ou patronymiques. Outre le fait que cette tendance soit révélatrice de l'esprit de la législation, il est à noter que les nouvelles catégories ne sont admises que sous la condition du respect du droit d'autrui. Cette précision confirme la conception réelle de la marque, droit de propriété de son titulaire dont le régime juridique est d'abord orienté vers la protection.

L'exigence de la singularité du titre constitue finalement la limite essentielle à la liberté du droit des marques accordée par le législateur au commerçant. L'exécution de cette condition se pose en termes négatifs c'est-à-dire par une triple exclusion : les marques nécessaires, les dénominations génériques et enfin les dénominations descriptives.

1) La marque nécessaire consiste dans le nom commun habituellement donné à la chose à laquelle il se rattache. La jurisprudence particulièrement abondante traduit la diversité des hypothèses (16). Cette notion est, bien évidemment, relative, compte tenu du produit donné. La condition n'est pas rigoureuse car certains assemblages de mots courants ont souvent été admis comme marques non nécessaires et la jurisprudence traduit parfois des tendances surprenantes (17). Ces dénominations n'ayant aucune originalité ne peuvent caractériser le produit. A l'instar de l'état civil, la marque constitue le nom propre du bien, distinct de son nom commun, permettant à l'acquéreur d'éviter de recevoir un produit différent de celui qu'il envisage. Le véritable danger est que le nom propre peut devenir, peu à peu, lui-même commun. L'hypothèse est alors celle de la marque générique. Cette situation qui, à l'origine, résulte d'un état monopolistique,

---

(16) - Obs. au J.C.L.Com, Marques et dessins, René Plaisant, fasc. 5 n° 61.

(17) - Par exemple "lit valise" pour un lit pliant : Paris 17 novembre 1937, Ann. Prop. Ind., 1937-23 ; "Casse-croûte" pour des biscuits : T. civ. Lille 2 mai 1945, Ann. Prop. Ind., 1940-48, 242 ; "Smel" pour des semelles : Paris 12 Janvier 1948 Ann. Prop. Ind. 1949, 245.

qu'il s'agisse d'un monopole technique ou économique, est favorisée par la psychologie humaine. Gênante pour le consommateur (18), elle l'est également pour le vendeur et le fabricant. Les marques Linoléum, Coco, Americano... dans leur domaine, ne remplissent plus, dè facto, la condition d'originalité pourtant indispensable au consommateur (19).

2) La marque générique est une variante de la précédente et les mêmes remarques peuvent lui être faites. Si la marque nécessaire ne peut faire l'objet d'un dépôt, la marque générique, régulière à l'origine, ne peut plus être utilisée dans son domaine initial. Alors que la défense du consommateur est administrative dans le premier cas, dans le second,elle est confiée au titulaire de la marque. Celui-ci doit la défendre, c'est-à-dire, à la limite, lutter contre le succès que remporte son produit auprès du public. L'adjonction au nom d'un objectif vantant les qualités particulières du produit ne suffit généralement pas à faire perdre l'aspect générique ou nécessaire du signe (20). Le mal peut efficacement être réparé par le mal,c'est-à-dire par une campagne publicitaire de réidentification" du produit dépersonnalisé. Cette rencontre des intérêts du fabricant avec ceux du consommateur serait trop belle si, comme le note justement M. Plaisant (21), à défaut de sanction légale, le magistrat ne pouvait considérer le droit comme perdu. La tolérance n'entraîne pas déchéance mais, ajoute l'auteur, le juge sera moins sévère par exemple envers un contrefacteur. Quoi qu'il en soit, la marque générique peut vivre malgré son défaut d'originalité et cette incertitude est une source certaine d'erreurs que seule la gêne qu'elle crée pour le fabricant peut faire cesser (22).

---

(18) - Par risque de confusion et de détournement du pouvoir attractif de la marque.

(19) - Paris 19 août 1881, Ann. Prop. Ind, 1881, 289 (Linoléum) ; Nimes 6 juin 1887,Ann. Prop. Ind, 1886, 136 (Coco) ; Aix-en-Provence 26 janvier 1924, Ann. Prop. Ind, 1924, 177.

(20) - Lyon 10 avril 1884, Ann. Prop. Ind, 1884,85.

(21) - René Plaisant, J.C.L. Com, Dessins et Modèles, fasc. 5 n° 71 et fasc. 14 sur la déchéance de la marque.

(22) - Il convient donc d'éviter de généraliser la valeur de la sanction car ces marques restent valables, ex : klaxon pour des avertisseurs, frigidaires pour des réfrigérateurs, scotch pour du ruban adhésif...

3) Un signe est dit descriptif "lorsqu'il indique la nature, la composition, la qualité essentielle ou la destination du produit ou du service auquel il s'applique" (23). Par la même, la marque perd son originalité. Elle s'identifie au produit sous sa forme matérielle et non en valeur relative. La description du produit qu'opère le signe et qu'interdit la loi est limitée (24). Cette considération, le fait que la marque désigne une [illegible] du produit et non l'ensemble de celles-ci, explique, selon M. Plaisant (25), que la jurisprudence soit plus modérée que dans une appréciation des marques nécessaires et génériques. Le souci de protection individuelle s'insurge cependant contre les solutions parfois abusives de cette jurisprudence (26) et il est délicat, face à l'extrême variété des décisions, de déterminer si cette tendance se confirme ou s'atténue.

9 La garantie de la fonction d'identification du produit par la marque est, certes, souvent assurée par le droit positif, et il est remarquable que cette fonction existe également dans les pays à économie d'Etat. Elle résulte, pour l'essentiel, de l'existence du caractère original de la marque, notamment du refus des marques nécessaires ou génériques, mais certaines remarques atténuent la force de ces textes. Il convient, tout d'abord, de noter l'attitude particulièrement souple et indulgente du juge qui, d'ailleurs, n'intervient pas a priori mais uniquement au cas d'atteinte directe portée au droit du titulaire de la marque. Si la marque ne remplit pas les conditions précitées de validité, elle peut cependant exister, sans sanction pour le commerçant, au profit du consommateur. Mais, ensuite, le droit des marques ne donne pas d'indications positives sur la marque et il est difficile de soutenir qu'à l'heure actuelle, elle puisse constituer l'état civil du produit, un support fiable de renseignement.

---

(23) - R. Plaisant, [illegible] Marques, fasc. [illegible]
(24) - Cf. notamment [illegible], Marques n° 25.
(25) - J.C.C. Com. V° Marques, fasc. [illegible] n° 77.
(26) - [illegible], Ann. Prop. Ind. [illegible]

120 En réalité, si cette fonction a pu se concevoir dans un régime corporatif, tel que l'Ancien droit l'a connu, actuellement la marque n'est pas, pour le commerçant, une obligation mais un droit. L'idée directrice du droit des marques reste le respect d'une saine concurrence et des droits acquis. Avant tout, la marque concède un droit privatif dont le premier bénéficiaire est son titulaire. Le consommateur ne profite qu'indirectement de cette législation. C'est pour cette raison que, par exemple, la déchéance pour non usage concerne avant tout la législation de la concurrence, que les restrictions à l'utilisation ou au choix du signe résultent souvent du respect des droits du propriétaire légitime. Il n'en est pas de même de la seconde fonction de la marque, la garantie de la qualité du produit.

SECTION 2 - Les techniques précontractuelles de garantie de la qualité de la prestation.

121 Il s'agit de la recherche des techniques susceptibles d'inciter ou d'obliger les professionnels de la fabrication ou de la commercialisation à garantir une certaine qualité du produit. Le procédé consiste dans un contrôle de la qualité annoncée et promise. Cet aspect se distingue de la surveillance et de la répression des abus de la qualité qui, par nature, possèdent un caractère a posteriori et sanctionnateur (27). Le droit positif connaît certaines techniques(§ 1) mais il est permis de s'interroger sur l'existence d'une éventuelle publicité informative de la qualité (§ 2).

§ 1 : Les techniques positives de prévention de la qualité de la prestation :

Trois d'entre elles, par la fréquence de leur utilisation

(27) - Infra n° 320.

apparaissent essentielles : la marque, les indications de provenance et appellations d'origine et le label. Leur étude respective souligne la disproportion flagrante de la protection accordée par chacune.

A - La marque, garantie de qualité du produit :

122 La liaison de la marque à la qualité est déjà apparue à l'étude de sa fonction d'identification. Cette dernière suppose un choix de produit, lequel ne se fait principalement, à prix égal, qu'en considération de sa qualité. M. Giraud (28) exprime ce lien par une comparaison judicieuse : "La marque est au produit ce que le billet de banque est à la monnaie. La valeur du billet est variable suivant sa correspondance monétaire et sa contrepartie de référence". La conception de la marque a évolué car, alors que traditionnellement elle constitue la signature de l'entreprise, actuellement, elle individualise le plus souvent un produit et non un fabricant ou un vendeur. Cette accentuation de l'individualisation du bien aggrave, dans l'esprit du consommateur, sa fiabilité dans une certaine qualité.

Juridiquement cependant, ce lien "produit-qualité" n'est pas admis comme tel. Le droit positif ne garantit pas une saine information par la marque. Mme Nguyen-Thanh souligne (29) que la marque, conçue comme technique de garantie de la qualité, doit, pour ce faire, présenter deux caractères :

- La coïncidence entre l'image du produit créée par la marque et les qualités réelles du produit. L'auteur note, avec raison, que la marque, en dehors d'un règlement de qualité (garantissant une qualité déterminée), n'est nullement imposée par les pouvoirs publics ; il est même interdit de faire de la marque un signe descriptif. Si Mme Nguyen-Thanh précise que la marque peut présenter un lien avec le produit, il est abusif de déduire de cette simple faculté un rapport automatique de qualité et cette faculté peut d'ailleurs être une source d'abus (pour reprendre un exemple cité : si "extrasouple" peut désigner un produit

---

(28) - Claude Giraud, L'importance économique de la marque, Bordeaux 1963 p. 62.
(29) - Nguyen-Thanh, th. préc. n° 303 s. p. 122.

élastique, a contrario, rien n'empêche qu'elle désigne un produit dépourvu de cette souplesse, du point de vue de la législation des marques). Le droit français ne se place pas du côté de la sauvegarde d'une certaine qualité. Le législateur, soucieux d'un certain ordre économique, protège plutôt une saine concurrence par l'interdiction de pratiques déloyales. L'étude de la proscription des marques décep-tives y contribue pour renforcer l'arsenal répressif de la tromperie commerciale.

- Une constance de la qualité envisagée comme le maintien de la mar que à l'entreprise. Ce caractère n'est pas du tout respecté en droit français. La liberté de licence de marque, de cession de marque, d'ex-ploitation simultanée d'une marque y contribuent pour l'essentiel. L'opposition de la rigueur de l'ancien droit au libéralisme contempo-rain est actuellement nuisible à la parfaite connaissance par l'acqué-reur des conditions de la vente. Sans en revenir à un système corpo-ratif trop lourd, il convient d'éviter toute tromperie ou erreur, aux yeux du consommateur.

La marque est techniquement inadaptée à une fonction de garantie de qualité. La solution ne peut étonner dans la mesure où le droit français reste attaché à une conception particulière de cette notion : moyen de concurrence accordant directement certains avanta-ges à son titulaire et dont le consommateur ne bénéficie qu'indirecte-ment.

B - Les indications de provenance et appellations d'origine.

123 Alors que la marque peut constituer un mode d'information général de la qualité, la garantie peut se limiter à un aspect de la qualité : l'origine du produit, ce qui rattache bien mieux le signe distinctif au produit (30). Les deux notions correspondantes sont juridiquement distinctes :

(30) Obs. Vasseur, Cours de droit commercial, 1974-75, t. III, p. 11 .

- l'indication de provenance est un signe qui se contente de désigner le lieu dans lequel un objet a été produit ou fabriqué (31).

- l'appellation d'origine selon l'article 1° de la loi du 6 juillet 1966 modifiant celle du 6 mai 1919 est définie comme "la dénomination d'un pays, d'une région ou d'une localité servant à désigner un produit qui en est originaire et dont la qualité ou les caractères sont dus au milieu géographique comprenant des facteurs matériels et des facteurs humains".

124 Plus l'attribution de ce signe est aisée et le contrôle de la réalité de cette indication, faible, plus la garantie est aléatoire. Aussi,convient-il d'exclure pratiquement la protection par l'indication de provenance. Sa fonction est uniquement la désignation du lieu de préparation ou du lieu de fabrication du produit. Il n'y a donc aucune obligation de garantir la qualité relative au mode de production ou de fabrication et au terrain.

La liaison produit-lieu effectuée par l'indication de provenance présume une qualité mais ce rattachement est discutable, dans son principe, par son établissement mais,également,par son contenu.

La règle d'attribution est simple : tout fabricant peut apposer, sur ses produits, l'indication à la seule condition d'effectuer physiquement cette production dans le cadre géographique de l'indication. Les usages fixant cette région, sa détermination est souple. Une zone d'incertitude est alors inévitable. Le juge s'applique à trancher les conflits dans un souci de protection du consommateur afin d'éviter toute erreur de sa part. Le libéralisme judiciaire est remarquable : l'indication de provenance apparaît plus comme un moyen intermédiaire de concurrence et de protection individuelle. Elle est ainsi sanctionnée sur la base de la concurrence déloyale mais peu dans un souci de protection du consommateur ; à l'inverse, la conception explique son caractère collectif qui l'éloigne de l'idée de droit privatif.

L'indication établie, son contenu est tout aussi discutable car il résulte d'une présomption faible puisque la seule garantie de

---

(31) - L. 26 mars 1930.

qualité consiste dans l'origine. Le contenu ne donne, par ailleurs, pas lieu à contrôle. La qualité présumée résulte plus d'une habitude que d'une recherche objective ; elle est, le plus souvent, le poids de l'histoire mais rien n'en garantit la constance et l'effectivité. La notion de dénomination générique en constitue la seule limite, de faible portée il est vrai : elle sert à désigner un mode de préparation ou de fabrication et appelle un produit par un nom géographique, un lieu où le produit s'est historiquement créé. Le lien lieu-produit n'existe plus du fait de leur chute dans le domaine public ; c'est l'usage qui permet de faire tomber l'indication dans le domaine public mais cette solution ne doit pas faire échec à la protection des appellations d'origine. Pour cette raison, le régime des appellations vinicoles (32) renforce la protection habituelle : ces appellations ne peuvent pas tomber dans le domaine public malgré leur caractère générique (33).

Pour d'autres produits, il ne peut venir souvent à l'idée d'associer par exemple l'eau de Cologne à la ville allemande qui l'a vue naître. Le fabricant ne fait qu'utiliser la notoriété du terme pour désigner un produit standard, pour en fixer le genre. La solution jurisprudentielle est souple et heureuse puisque le fabricant qui produit le bien en dehors de la zone originelle doit en spécifier la provenance réelle.

125 Le législateur s'est penché avec beaucoup plus de soin sur l'appellation d'origine (34). Celle-ci plus précise, mais d'une portée réduite, constitue un signe distinctif attestant d'une exclusivité du produit. Ce caractère, initialement lié à l'origine géographique, à la provenance exclusive, s'est peu à peu dégagé de ce carcan pour constituer le gage d'une véritable qualité. L'exclusivité a seule permis ce rattachement de la qualité du produit à son titre. La simple évocation des noms de crus ou de fromages suffit, dans l'esprit du consommateur, à évoquer cette garantie naturelle. Déjà apparaît la

---

(32) - L. 6 mai 1919 (art. 10) ; L. 12 décembre 1973 sur les appellations vinicoles.

(33) - L. 6 mai 1919, art. 10 ou tout autre produit si une loi spéciale le prévoit.

(34) - L. 6 juillet 1966 mod. L. 6 mai 1919.

double considération qui permet de reconnaître le droit à l'appellation: elle récompense les efforts de professionnels qui ont permis d'améliorer ou de faire fructifier les qualités naturelles d'un produit, d'un procédé.

De l'élément géographique, l'appellation a conservé son mécanisme qui la rapproche de l'indication de provenance. Le signe se caractérise par une triple liaison : provenance-qualité-produit. Le lien provenance-produit existe naturellement mais la détermination du droit à l'appellation est soucieuse de protection d'une saine concurrence et des intérêts des consommateurs. La loi de 1919 organise donc une procédure judiciaire d'établissement du droit, fondée sur une détermination purement géographique (35). La loi du 6 juillet 1966 rétablit l'administration dans ses droits d'établissement de la zone et la procédure peut être actuellement judiciaire ou administrative (il est vraisemblable que la seconde se substituera à la première). Il est certain que la procédure ne possède pas un caractère constitutif (36) : elle ne fait que reconnaître le droit à l'appellation ce qui autorise un fabricant ou un producteur à l'utiliser sans avoir fait, au préalable, reconnaître son droit. La multiplication des appellations par voie d'autorité peut seule éviter, efficacement, les confusions nées de cette situation d'attente mais dont la durée est nuisible aux consommateurs comme aux concurrents. La protection de la qualité du produit récolté ou fabriqué dans une région qui lui donne son nom n'est assurée que s'il respecte les procédés imposés par l'usage et à condition qu'il possède des qualités spécifiques. Cette exigence est une conséquence logique de l'exclusivité de l'appellation d'origine. Le produit se caractérise par des particularités régionales tenant à des éléments naturels (climat, sol, faune, flore) ou humains nés de l'usage (procédés de fabrication ou de production). La loi de 1966 fait apparaître ces éléments lorsqu'elle parle de détermination du milieu géographique par "des facteurs matériels et des facteurs humains".

---

(35) - Sur la procédure judiciaire article 7 l. 1919.
(36) - Vasseur, op. cit. p. 111.

Cette terminologie ne fait que consacrer l'évolution de l'appellation d'origine vers une garantie de qualité. M. Vasseur a parfaitement résumé les difficultés d'établissement de ces éléments dans chaque région (37). La délimitation purement physique n'est pas toujours simple et une part d'arbitraire s'y adjoint inévitablement. Ensuite, prenant l'exemple des crus, l'auteur remarque, avec raison, qu'il est abusif d'admettre que tous les crus inclus dans la zone délimitée présentent les mêmes caractères. Par ailleurs, si les éléments naturels sont susceptibles d'une appréciation relativement précise, il n'en est pas de même des facteurs humains. La définition et la procédure de 1966 ont le mérite d'élargir le point de vue de l'auteur de la détermination de la région et la compétence d'une autorité indépendante reste la moins mauvaise solution à l'heure actuelle, face à l'extrême variété des situations, ce critère a l'avantage de la souplesse. Quelle est la politique du juge ou de l'administration dans la prise en compte respective de chaque catégorie de facteurs ?

126 L'exclusivité d'origine reste primordiale. L'appellation, pour reprendre l'expression de M. Roubier (38), est "une donnée de la nature et non pas de la volonté de l'homme", elle se limite donc à la zone qui lui est impartie. Mais la loi de 1966 souligne l'importance accrue des critères de qualité des produits. Le progrès assuré en faveur du consommateur est remarquable. La reconnaissance législative de l'évolution de la fonction de l'appellation traduit, sans conteste, les préoccupations des pouvoirs publics en faveur du fameux droit de la consommation.

127 La décision judiciaire ou administrative reconnaît officiellement le droit à l'appellation pour chaque fabricant ou récoltant remplissant les conditions matérielles et humaines de production ou de fabrication spécifiées. Elle accorde à chacun d'eux un droit privatif mais qui, en comparaison, par exemple, avec la marque, est collectif. Du point de vue du consommateur, le régime de l'appellation traduit alors bien mieux la nécessité de protection du consentement, le souci de prévention de l'erreur. L'appellation s'attache plus à la

(37) Vasseur, op. cit. p. [illegible]
(38) Roubier, t. II n° [illegible] p. [illegible]

qualité qu'à la sauvegarde exclusive de la concurrence. Mais, elle est également liée à ce qui peut être nommé "l'entreprise régionale" c'est-à-dire celle exerçant dans la région ; cela supprime les inconvénients de la cession à un autre exploitant des droits sur l'appellation. L'exclusion de tout monopole sur l'appellation conduit à éviter la main mise d'un producteur ou d'un groupe sur le contenu de la qualité du produit. Celle-ci n'est pas leur propriété et "s'objectivise", ce qui est logique : elle ne dépend pas de la volonté humaine, à l'inverse d'une simple indication de provenance. La qualité ainsi fixée présente des traits caractéristiques.

L'exclusivité de l'appellation est la cause et la conséquence d'une qualité particulière du produit. L'appellation est garante d'une qualité normale, moyenne ou supérieure. Le droit n'oblige pas à une qualité supérieure, il y contribue en incitant, par la reconnaissance de l'appellation, donc par sa diffusion, les professionnels à investir leurs efforts à l'amélioration d'une qualité naturelle (39). Au plan juridique cependant, les pouvoirs publics, le juge, se suffisent de reconnaître une qualité réelle et préexistante et de la garantir telle que l'usage l'a faite ou consacrée. Dans l'échelle des techniques préventives de l'erreur, l'appellation se situe à un niveau élevé mais non extrême. A la différence de l'indication de provenance, elle fournit plus qu'une origine : une qualité garantissant l'acquéreur contre l'erreur ou la déloyauté. Mais, à l'inverse du label, le législateur n'exige pas la perfection ou, du moins, la qualité la meilleure.

C - La marque collective :

La marque collective est une catégorie très large qui, en fait, englobe deux notions : la marque collective, lato sensu et, ensuite, des catégories particulières dont la plus significative est le label ou certificat de qualité. La distinction des deux notions

---

(39) - Cf. cependant le régime des V.D.Q.S. qui a pour objet une amélioration volontaire de la qualité, constituant un label.

est longtemps restée délicate. La différence, assez vague, tenait à ce que les premières garantissaient une origine précise du produit, alors que les secondes s'attachaient à une qualité spécifique du bien. Cette incertitude, déplorée par la doctrine, était nuisible à une bonne connaissance du marché par le public. La loi d'orientation agricole du 5 août 1960 a isolé les labels agricoles pour les réglementer et la loi du 2 juillet 1963 a établi le régime général des certificats de qualité, enfin la loi du 31 décembre 1964 a fait de même pour les marques collectives. Le droit positif connaît la distinction suivante : d'une part, la catégorie générale des marques collectives, d'autre part, des espèces particulières qui forment un sous ensemble de la première ; la réglementation générale s'ajoute donc à leurs règles particulières (40).

129 1) La catégorie générale des marques collectives :

L'appellation "marque" ne doit pas tromper. La marque collective se distingue nettement de la marque individuelle, notamment par ses moyens. Eloignée de l'idée d'appropriation privée, elle traduit le souci de qualité qu'a le public et la volonté parallèle des pouvoirs publics d'en assurer la réalité (41). Le législateur ne se place plus en position de faveur exclusive du professionnel. Le mécanisme des marques collectives est proche de celui des appellations d'origine, notamment par le contrôle de l'application de la qualité mais s'en éloigne par la fixation du contenu de cette qualité. Elle se définit "comme appartenant à une collectivité publique ou privée qui ne fait pas commerce ou qui ne fait aucun autre commerce que celui consistant en l'apposition de sa marque, après vérification de sa qualité, pour être utilisée afin de garantir que le produit ou le service soit est fourni par un membre de cette collectivité, soit est soumis à un contrôle de qualité par cette collectivité" (42). Elle appartient donc au groupe et s'ajoute à la marque individuelle pour en

(40) - Art. 18 L. 1964, Obligatoire en vertu de l'art. 7 de la convention de Paris.
(41) - Roubier, op. cit. p. 645.
(42) - J.C.I. Com, Marques, fasc. 16 n° 2 s.

garantir l'authenticité.

Deux séries de remarques concernent la protection du contractant et influencent le rôle du label, conçu comme complément de la sanction d'un vice du consentement :

- Le mécanisme de fixation de la qualité est libéral. La tâche échoit au groupe. L'opération s'effectue matériellement par le dépôt de la marque comprenant un règlement fixant les conditions d'emploi de la marque. Cette formalité est la seule exigence légale (43). Le législateur n'impose aucune règle de qualité, de fabrication ou d'origine. Ce libéralisme a des avantages. Ainsi, l'attestation de qualité présente-t-elle une certaine objectivité, ne serait-ce que par l'indépendance du groupement par rapport au produit à la différence de la marque qui constitue une attestation de qualité sur la foi de son propriétaire. Le contenu de la qualité garantie est, ensuite, large puisqu'il ne connaît de limite que les possibilités et la volonté du groupe qui conclut un "contrat" avec le public. A l'inverse de l'appellation, la marque collective ne connaît pas la limite de la référence objective à des facteurs géographiques ou humains. Ces remarques ne couvrent, malheureusement, pas des lacunes graves dans son régime.

La critique essentielle tient à la faiblesse du contrôle du contenu de la qualité. Le libéralisme est extrême puisque l'examen ministériel du règlement se limite à sa régularité à l'ordre public et aux bonnes moeurs (44) mais nullement à la qualité elle-même. Sans aller jusqu'à une fixation impérative des éléments du produit, une incitation à l'amélioration de la qualité est souhaitable, ne serait-ce que par référence à des critères minima. Le principe d'autonomie du propriétaire de la marque s'y oppose. En réalité, née de la pratique et conçue initialement comme une technique de concurrence, cette notion conserve largement le poids du passé.

- La qualité étant ainsi fixée, l'attitude des pouvoirs publics chan-

---

(43) - La publicité qui s'y ajoute montre le souci d'opposabilité et d'institutionnalisation du signe.
(44) - L. 6 juillet 1966 art. 19.

ge sensiblement. L'engagement du groupe que réalise la publicité du règlement oblige celui-ci à le respecter. La déchéance du règlement sanctionne l'emploi contraire au texte de la marque. Le rôle de surveillance appartient au groupe qui attribue lui-même la marque ou en contrôle l'apposition par ses membres (45). La technique est identique à celle de l'appellation et les mêmes remarques peuvent être faites. Une fois établie, la qualité s'institutionnalise et le groupe, s'il en conserve la propriété , en perd la maîtrise. L'interdiction d'opérations de cession, fusion... sur la marque caractérise cette transformation. La marque collective se différencie ainsi de l'appellation par son origine mais la rejoint par son mécanisme. La loi de 1964 tente un compromis délicat en voulant conserver cette technique de concurrence. Lorsque les exigences du consommateur se font plus précises, il adapte le régime de la marque en créant un régime de faveur

2) Le label de qualité :

130 Constituant juridiquement une variété de marque collective, le label, ou certificat de qualité se définit (46)comme une marque collective attestant que le produit auquel il s'applique possède un ensemble de qualités et de caractéristiques spécifiques et définies. Deux grandes catégories de labels sont reconnues par le droit positif :

- Les labels agricoles ou labels rouges de la loi d'orientation agricole du 5 août 1960 suivie du décret du 27 juin 1961 qui en définit les conditions d'application.

- Les labels industriels : la loi du 2 juillet 1963 intègre,dans le contrôle de la qualité,les certificats de qualité. Cette législation générale ne s'applique cependant pas au secteur agricole d'où leur dénomination. Le décret d'application n'a jamais été pris et ce texte n'est pas appliqué.

Quel est succintement l'esprit de la législation ? Par son régime juridique, le label est devenu un véritable certificat de qualité

(45) Chavanne, op. cit. p. 389, "La marque collective ayant un objet d'intérêt général de garantie et de qualité a une coloration quasi corporative".

(46) Art. 28, loi d'orientation agricole.

au sens du décret du 13 janvier 1965 (art. 2) car il permet non seulement une fixation précise de la qualité mais, encore, son contrôle efficace. Une législation complémentaire à celle des marques collectives est nécessaire pour assurer cette double action :

Des organismes professionnels, des associations ou syndicats, possèdent le pouvoir de certification de la qualité, sous la double condition de leur compétence et de leur indépendance impartiale. L'exigence de garanties particulières en assure l'effectivité. Ils ont, notamment, à être distincts de toute entreprise intervenant dans le circuit de production ou de distribution du produit (art. 5). La fixation de la qualité s'effectue par l'établissement, par l'organisme certificateur, d'un règlement consistant dans la définition technique des qualités précises du produit. La publicité de ce règlement assure l'information du consommateur. Ainsi, doit être établi et déposé un modèle d'étiquette informative et une notice à apposer sur le produit. La notice résume le règlement technique. Enfin, le règlement est déposé auprès de l'organisme certificateur et du ministère concerné en vue de sa libre communication à tout intéressé.

Le contrôle de la qualité résulte de l'homologation par les pouvoirs publics du règlement. Les pouvoirs du ministre semblent s'étendre non seulement à un contrôle de régularité mais également de niveau de qualité (47) bien que le silence légal laisse planer, à cet égard, une fâcheuse incertitude. L'Etat, cependant, n'engage pas sa garantie par cette homologation (article 8 al. 4 D. 13 janvier 1965). L'interdiction des indications tendant à faire croire en l'existence de cette garantie est, à défaut de sanctions spécifiques, sanctionnée par l'article 1° de la loi du 1° août 1905. Le contrôle de la qualité et de sa constance est finalement plus lourd et plus direct que dans toute marque collective car au contrôle des professionnels s'ajoute celui des pouvoirs publics. Le premier doit être prévu dans le règlement et le second ouvre un droit de communication, de toute pièce utile, aux agents du service de la Répression des Fraudes ou du Service des Enquêtes Economiques.

---

(47) - Nguyen-Thanh, th. préc. n° 691 p. 191.

131 Les avantages du label sur les autres techniques juridiques de garantie de la qualité sont certains . Par son contenu, il définit une qualité supérieure du produit (48). L'agrément ministériel du règlement y concourt efficacement et ce contrôle ne se limite pas à la régularité à l'ordre public et aux bonnes moeurs. La garantie de la constance de la qualité relève, par ailleurs, non seulement du groupe mais encore des pouvoirs publics. La supériorité et la réalité de la qualité permettent de penser que le législateur a su allier au contrôle de la qualité, l'information de l'acquéreur, ces deux traits caractérisant le régime du label.

Le canevas juridique semble parfait et le serait si la pratique n'en atténuait la perfection. La définition objective de la notion de qualité paraît délicate. Son contenu résulte d'une appréciation subjective qui peut être source d'incertitude. Cette constatation s'aggrave s'il est précisé que le label exclut toute prise en compte du rapport prix-qualité alors que l'acheteur peut ne pas effectuer cette distinction. L'information du label est, ensuite, jugée insuffisante. Cette remarque va de soi dès lors que l'initiative de la démarche appartient au consommateur. Seule une information renforcée, un guide des labels, est susceptible d'être effective. Beaucoup plus graves sont, enfin, les lacunes du contrôle et de la qualité. A l'heure actuelle, les moyens matériels et financiers du Service de la Répression des Fraudes étant trés limités, le rôle des pouvoirs publics est restreint voir nul, dans son aspect a priori. Le groupement de producteurs se charge de la surveillance ! Le plus souvent, celle-ci s'effectue par un organisme privé, professionnel de ce travail (49). Si de nombreux labels sont sérieux, rien n'empêche des

---

(48) - La garantie de qualité supérieure s'effectue indirectement grâce à l'article 2 de la loi de 1960 car si la qualité supérieure fixée par les normes pour un produit donné ne correspond pas à celle du label, cette dernière doit être mentionnée sur l'étiquette.

(49) - Dans la plupart des cas, il s'agit de "Qualité France" dont le sérieux est indéniable mais mal connu. Pour ailleurs, sa cotisation est trop élevée pour être ouverte aux petits producteurs.

abus ; la loi du 2 juillet 1963 est inapplicable, cette carence est inadmissible et il est à souhaiter qu'elle soit réparée au plus tôt, afin de rendre réelle la notion de label industriel : la pratique fait du label un moyen de concurrence alors que la législation s'oriente de plus en plus vers la protection de l'acheteur.

Si les diverses techniques juridiques de garantie de la qualité, donc de la protection de l'acheteur par l'organisation du marché, peuvent paraître nombreuses, leur efficacité est souvent à nuancer et leur degré d'efficacité varie selon que l'une ou l'autre est conçue comme un moyen de concurrence au service des professionnels du commerce ou une technique juridique protectrice de l'acquéreur.

§ 2 : L'inexistence d'une publicité informative :

132 La forme la plus adéquate de prévention de l'erreur revient, comme il a été dit, à fournir aux contractants l'information de tous les éléments du contrat. L'obligation de renseignement constitue une information générale mais au contenu limité et, de son côté, le domaine de la garantie de la qualité a lui-même ses limites. N'est-il pas possible de concevoir une information générale liée non plus à une opération ou à un produit mais à la qualité de "contractant-consommateur". Cet objectif est, pour l'essentiel, celui du droit de la consommation et deux voies sont admissibles : la publicité informative et l'information de l'acheteur.

133 1) La publicité, dans son sens technique, est un moyen de présentation du produit tendant à convaincre l'acheteur de l'acquérir. Pour devenir informative, elle suppose réunis trois caractères : publicité exacte, publicité complète, publicité spontanée. Or la définition technique donnée de la publicité en fait une technique de promotion des ventes. Maniée par le vendeur, elle peut avoir un contenu négatif à l'égard de l'acheteur. Le droit, faut-il s'en plaindre, suit cette définition technique -qu'il suffise pour s'en convaincre de rappeler l'interdiction des marques descriptives- car le principe de l'utilité économique et sociale de la publicité est indéniable. En fait, il

semble bien que les termes publicité et information soient inconciliables (50). D'ailleurs, la publicité ne peut être neutre dans une conception capitaliste de libre concurrence car son origine la rend toujours suspecte d'une certaine subjectivité. Aussi,le droit n'intervient-il que pour en combattre les abus (51).

Actuellement, la publicité est informative en ce qu'elle permet de savoir qu'un produit existe et parce qu'elle autorise confrontation publique des biens (52). Le législateur se contente donc de maintenir un lien minimum entre les produits annoncés et les qualités réelles. La publicité informative est inopportune face aux exigences du commerce,ce que le ministre de l'économie et des finances traduit indirectement lorsque, à ce sujet, il déclare que tout ce qui est gratuit est suspect. La solution peut être trouvée plutôt dans l'information elle-même.

2) Le recours à la seule initiative privée ne correspond pas aux objectifs du droit de la consommation qu'il s'agisse de publicité informative ou encore d'obligation de renseignement ; à l'inverse, l'étude des techniques de garantie de la qualité souligne l'insuffisance actuelle du contrôle des pouvoirs publics. La pratique semble s'orienter vers une voie intermédiaire et moins autoritaire : l'information générale de l'acquéreur. Débarassée d'un carcan d'autoritarisme et bien moins empreinte de suspicion envers le milieu des affaires, cette solution présente l'avantage (dont les résultats actuellement,certes discutables,commencent à apparaître)d'entrevoir une véritable éducation du consommateur, le débarassant de cet état

---

(50) - Divier, Le mensonge en publicité, thèse Paris 1972, p. 245 : "... le mensonge qui embellit la réalité, notamment l'affreuse monotonie de certains produits de consommation courante, est souhaitable, cela bien sûr dans les limites que trace la tromperie radicale. Il ne s'agit pas vraiment ici de mentir mais d'illusionner" ; cf. Jacques Douel, Message et communication de masse, Humanisme et entreprise, n° 422.

(51) - Infra n° 259 s.

(52) - Sur les rapports entre publicité et information : Roger Fourès, Le droit et la publicité, Paris 1968, p. 142 ; Fourgoux, L'information du consommateur, la contrepublicité et le rôle du juge des référés, G.P. 1976,1 , Doct. p.107 ; Jean Chevallier, note sous Lyon 22 Janvier 1970 D. 71, J. 208.

de minorité qui est le sien.

L'information peut être définie comme les renseignements donnés par un moyen de mass media. Cette définition la caractérise par rapport à l'obligation de renseignement car elle émane d'une personne distincte du circuit de commercialisation du produit. A défaut même de tout jugement, l'information ne peut être neutre car elle donne lieu à appréciation et comparaison par le consommateur. Aussi, l'émetteur de renseignement influence t-il largement la vie du produit, son succès ou son échec de commercialisation. L'importance de l'enjeu explique la difficulté essentielle de ces moyens de communication : leur objectivité, laquelle est essentiellement conditionnée par la compétence mais, surtout, l'indépendance de l'émetteur. La tentation de peser sur la décision d'informer ou sur son contenu est puissante tant pour les professionnels que pour les pouvoirs publics.

L'information par l'Etat est, comme le souligne M. Vasseur (53), dangereuse car, précise-t-il, elle peut être suspectée de favoritisme envers des services publics ou, à la suite de pressions exercées sur lui, envers certains secteurs d'activité. La diffusion de l'information ne peut, non plus, s'effectuer par l'intermédiaire des professionnels intéressés eux-mêmes. Comment, c'est un principe élémentaire du droit, être en même temps juge impartial et partie ? Le danger ne vient pas, à vrai dire, de la propagande directe du produit (54) mais de la pression, généralement financière, exercée sur l'émetteur a priori indépendant. Quels sont les plus connus ?

- La création de l'Institut National de la Consommation répond à ce double souci car, statutairement, il s'agit d'un établissement public à caractère administratif placé sous la tutelle du ministre de l'économie et des finances et dont l'autonomie résulte notamment de la composition du conseil d'administration dans lequel sont représentés les professionnels, les ministères concernés et surtout les consommateurs puisque leurs représentants ont la majorité absolue. L'I.N.C. se définit quatre fonctions :

---

(53) - Vasseur, Cours, op. cit. p. 519.
(54) - A l'exclusion, cependant, de la publicité dite "rédactionnelle".

. répondre aux questions posées par les consommateurs
. effectuer des études économiques et juridiques afin d'améliorer le droit de la consommation
. recenser et connaître les textes intéressant la consommation
. agir au plan de la publicité pour la rendre plus informative et mieux connue.

A cette fin, l'I.N.C. publie la revue "50 Millions de Consommateurs", outre une série de documents et d'études.

- Les associations de consommateurs, notamment "l'Organisation Générale des Consommateurs" ou l'Union Fédérale des Consommateurs" qui publie la revue "Que choisir" ont, par le nombre limité de leurs adhérents, le grave inconvénient de ne posséder que des moyens limités (55), malgré l'extension de leurs pouvoirs par la loi du 27 décembre 1973.

L'information sur la qualité résulte de la publication, notamment par l'intermédiaire de leurs revues, d'études, de textes juridiques ou économiques commentés intéressant le consommateur, mais surtout de résultats de tests comparatifs. L'absence d'intention lucrative ou maligne de ces recherches est la condition de leur crédibilité et elle seule autorise la création de ce droit de critique. En l'absence de diffamation (56), ce droit, condition d'existence de tout organe de presse est largement reconnu, il n'est limité que par l'article 1382 du code civil,c'est-à-dire pratiquement pour défaut d'objectivité, de sérieux ou d'impartialité (57). Il est souhaitable que les organismes de défense du consommateur utilisent largement les solutions qu'une évolution libérale leur a,peu à peu,accordées. Les principes actuels de la jurisprudence sont sages mais, pour reprendre la conclusion de M. Vasseur (58) "Quelle que soit la diffusion de l'information auprès du consommateur, elle ne peut être efficace que par leur colla-

(55) La loi Royer leur a cependant reconnu le droit d'agir en justice pour la défense des intérêts collectifs des consommateurs (art. 46).
(56) - Crim. 22 Mars 1966 Bull. Crim. 66 - 240.
(57) - T.G.I. Seine 12 Mars 1966 D. 66 Som. 98
(58) - Vasseur, op. cit. p. 519.

boration. D'une part, une revue doit être lue, un organisme consulté, d'autre part, trop de consommateurs sachant pourtant que telle opération est interdite ou réglementée la traitent tout de même".

L'information a un rôle fondamental à développer (59). La constatation de ce succès ne peut étonner si l'on comprend le désarroi de l'acheteur face à la variété des productions et la puissance économique du vendeur. Mais elle constitue en conséquence un procès-verbal de carence des moyens a priori de prévention de l'erreur. Le risque d'erreur étant toujours présent, le recours à des procédés postérieurs à la vente paraît nécessaire.

---

(59) - Sa recherche ne peut ici être que secondaire car cette étude concerne les techniques juridiques de prévention de l'erreur.

TITRE III - LA PROTECTION CONTRE L'ERREUR SE REVELANT LORS DE L'EXECUTION DU CONTRAT.

D'un point de vue chronologique, l'erreur qui n'a pu être évitée par une technique préventive, renseignement ou information du contractant, peut se révéler à un contractant. Cette manifestation traduit le décalage entre la volonté réelle d'une partie, généralement l'acquéreur et la nature de la chose vendue. Deux termes doivent, juridiquement, être distingués : d'une part, la révélation post-contractuelle d'une erreur dans l'exécution proprement dite, d'autre part, la mauvaise exécution du contrat. Au premier cas, l'erreur, vice du consentement, atteint l'intégrité du consentement au moment même où il est donné, alors qu'au second cas, les rapports juridiques sont ceux que règle l'article 1184 du code civil, c'est-à-dire ceux nés de la mauvaise exécution d'un contrat valable.

Le domaine juridique ainsi défini paraît être celui de l'article 1110 du code civil. La remarque est exacte mais essentiellement au plan théorique. Les conditions exigées de l'erreur, cause de nullité, la compréhension étroite de l'erreur admise, dans la vente commerciale, leur fixent un domaine d'action trop restreint, compte tenu de la nécessaire sécurité du commerce. Le droit commercial exige des techniques souples et de mise en oeuvre rapide, leur caractéristique étant que la simple constatation de l'erreur doit, à peu de chose, permettre la sauvegarde automatique des droits de la victime de l'erreur.

Ainsi fixée, la situation concerne les cas de faux jugements de l'acquéreur sur le contenu, la teneur du bien vendu, erreurs qui, pour être réparées, supposent leur découverte au cours de l'exécution du contrat. Les hypothèses sont délicates à distinguer de la

simple inexécution du contrat, étant donné le caractère psychologique de l'erreur. La sanction du vice résulte de deux situations.

Au premier cas, la vente sur référence assure la protection de l'acquéreur qui envisage des qualités particulières du produit Dans le second cas, le contractant n'a pas envisagé expressément cette qualité, la théorie des vices cachés apporte, par certains de ses aspects, un complément de protection appréciable.

CHAPITRE I - LA REFERENCE AU PRODUIT OU L'AGREMENT DE L'ACQUEREUR ; PROTECTION CONTRE L'ERREUR SE REVELANT LORS DE L'EXECUTION DU CONTRAT.

137 L'acquéreur, dans cette forme de vente, consent au contrat sous la condition d'une qualité spécifique du produit. Il stipule soit que le bien doit être conforme à une référence qui lui est présentée par le vendeur, soit que l'utilisation du produit doit répondre à des spécifications ou souhaits précis. Le procédé de protection de l'acquéreur est toujours directement lié à l'idée de vice du consentement. Juridiquement, cependant, les deux techniques sont distinctes. La vente sur référence est une vente ferme alors que l'agrément, stricto sensu, de l'acquéreur constitue une contition suspensive.

SECTION 1 : Les ventes sur référence.

138 "Les ventes sur référence, précise M. Alter (1), supposent l'adoption par les parties de modalités qui, sans rendre la vente conditionnelle, ont pour but de définir, avec la plus grande précision possible, l'obligation de respecter la conformité imposée au fournisseur". La définition contractuelle de la conformité, clause essentielle du contrat (2), souligne le caractère rigoureux fixé par les parties à

---

(1) - Michel Alter, L'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels, th. Paris 1972, p. 134.

(2) - Les ventes sur marques constituent également, à leur manière, des ventes sur référence puisque le vendeur s'oblige à livrer une marchandise revêtue de cette marque et conforme à une certaine qualité.

leur accord et permet de faire échapper à l'erreur les éléments ainsi établis. La force probante de la référence n'est pas unitaire et varie selon le procédé requis. Quatre catégories frappent par leur relative notoriété : les ventes sur modèle, sur type, sur échantillon et sur catalogue mais l'inclusion de la référence varie (§ 1), ainsi que ses effets (§ 2), selon chaque procédé.

§ 1 : La détermination de la référence :

Elle est variable :

A - La vente sur modèle :

139 La référence y résulte de la présentation d'un objet mais la vente porte sur des biens à fabriquer. Le modèle est l'original remis à l'acheteur afin que des produits vendus le reproduisent exactement. La référence ne peut produire ses effets que lorsqu'elle est connue de l'acheteur (3) et acceptée comme telle par les deux parties. Accessoirement se pose en jurisprudence la question de la nature juridique de l'objet : modèle ou produit mis en vente, lorsque celui-ci est présenté au public. La jurisprudence varie sa réponse selon les espèces (4).

B - La vente sur type :

140 Les ventes sur type consistent à obliger le vendeur à délivrer un produit conforme à un modèle déposé. La constitution de la référence s'effectue par le dépôt d'un exemplaire du modèle soit chez l'acheteur, soit auprès d'un organisme officiel (5), soit, enfin, chez un syndicat professionnel. A la différence de la vente sur échantillon, la référence porte non pas sur une partie de l'objet mais sur son inté-

(3) - Cass. Req. 21 mars 1893 D.P. 94,1,324.
(4) - Sur les ventes sur modèle : J.C.L. Com., Ventes commerciales, fascicule XXVII n° 119 à 124.
(5) Chambre de commerce ou Bourse.

gralité. La marchandise doit être considérée comme représentative de sa catégorie (6). Les conditions d'existence de la référence en découlent logiquement : seul le dépôt auprès d'un dépositaire accepté par les parties suffit à admettre sa validité (7). L'inclusion au champ du contrat s'effectue soit expressément, par la reconnaissance commune de la référence par les parties, soit tacitement, en tenant largement compte des usages commerciaux (8).

C - La vente sur échantillon :

"Une vente est faite sur échantillon (9) lorsqu'il est convenu que la marchandise qui doit être livrée sera conforme à un lot, dit échantillon, prélevé sur cette marchandise, de manière à permettre de l'apprécier, de se rendre compte de sa nature, de son caractère et de sa qualité ; l'acheteur a, dès lors, le droit d'exiger une marchandise absolument conforme à cet échantillon". Cette vente suppose également deux conditions : la validité de la référence et son inclusion au contrat.

L'échantillon constituant l'étalon de la marchandise vendue il suppose un prélèvement reflétant exactement le produit. Le juge exige donc, impérativement, son prélèvement effectif sur le produit (10). Cette rigueur a des conséquences parallèles sur les effets de la stipulation d'échantillon. L'usage s'est créé, pour éviter toute contestation sur la réalité de la référence, de constituer deux échantillons, chacun, par analogie avec les règles civiles de la preuve,

---

(6) - Mais il n'est pas exigé que la marchandise soit identique à la référence J.C.L. Com. , fasc. préc., n° 99 à 118.
(7) - La loi du 13 juin 1866 a établi des types officiels pour cotons et sucres. Les Bourses fixent souvent les limites au-delà desquelles, pour les autres produits, l'acheteur peut refuser la marchandise.
(8) - J.C.L. Com, Ventes Com., fasc. XXVII, Ventes sur référence, n° 116 s.
(9) - J.C.L. Com, Ventes Com., fasc. XXVII, préc., n° 6.
(10) - T. com. Marseille 6 août 1920, Rec. Marseille, 1921,1,172.

étant remis aux contractants (11).

L'inclusion de la stipulation dans le champ contractuel est le complément de cette première condition. La volonté de conclure une telle vente résulte d'une clause expresse, ou, le plus fréquemment en matière commerciale, de la remise à chaque partie d'un échantillon scellé et signé ou enfin, plus tacitement, des circonstances de la vente traduisant cette volonté (12) ou, finalement, des usages du commerce (13). Le juge ne s'attache pas au sens commun du mot échantillon et se fixe plutôt à l'effectivité de la référence : il distingue ainsi la remise d'un simple spécimen ou de produits de réclame à un VRP ou encore la vente sur simple aperçu (14), de la vente sur échantillon.

D - La vente sur catalogue :

142 La jurisprudence ignore toute théorie juridique générale de la vente par correspondance (15) et, de principe, considère qu'il s'agit de questions de fait laissées à l'appréciation du juge du fond. Par ce procédé de vente, le consommateur se voit sollicité (voire agressé) à la vente par l'envoi de catalogues ou prospectus. A l'exclusion des documents purement publicitaires, le catalogue se caractérise par une représentation souvent précise de la marchandise. Il constitue déjà une offre complète de vente répondant aux conditions de l'article 1583 du code civil. Il contient surtout la description ou la représen-

---

(11) - T. com. Nantes 25 juillet 1896, Rec. Nantes, 91,1,324.
(12) - Bordeaux 19 octobre 1898, Rec. Bordeaux, 1899,1,153.
(13) - Sur le rôle des usages : en matière de vin, une expédition doit être faite, précédée de l'envoi d'échantillons sinon tombe la présomption que le vin était loyal et marchand : Montpellier 28 janvier 1909, Mon. Jud. Midi 18 juillet 1909.
(14) - T. com. Marseille 13 juin 1906 Rec. Marseille 1906,1,309 ; Dans la vente sur aperçu, la référence est trop aléatoire pour constituer un étalon réel : elle ne fait que donner une approximation du produit sans engager le vendeur.
(15) - Luc Bihl, La vente par correspondance, G.P. 1975 Doct. 5 ; Paul Julien Doll et Henri Guérin, Le démarchage et la vente à domicile, J.C.P. 73 II 2574 ; Elisabeth Gaultier, J.C.L. com, Ventes Com, fasc. XXVII bis, Vente par correspondance, notamment n° 127 à 130.

tation par un dessin, une photographie ou un texte, de l'objet. Il est, par là même, susceptible de constituer une référence.

Le catalogue, s'il contient les constituants essentiels de la vente, répond aux exigences légales de l'offre contractuelle. Son envoi constitue pollicitation ; l'entreprise de vente se trouve liée dès sa réception. Cette situation d'offre permanente dure généralement 6 mois ou 1 an. L'inclusion de la référence au contrat est alors automatique car, constituant un contrat d'adhésion, cette forme de vente suppose l'acceptation, telle quelle et sans condition, de la référence par le client.

La nature de la référence est variée, ses effets ne peuvent donc être identiques.

§ 2 : Les conséquences de la référence :

33 La stipulation d'une référence ne saurait s'analyser en une condition suspensive (16). Son inclusion au contrat ne modifie pas la date de la conclusion définitive de l'acte qui produit ses effets entiers dès sa passation. En réalité, la stipulation consiste en une clause essentielle du contrat, précisant ou accentuant la volonté psychologique, même présumée, des parties (17). C'est à ce point de vue qu'elle est liée à la prévention de l'erreur. La question revient à déterminer la force de la clause donc ses conséquences sur le sort du contrat. La solution n'étant pas uniforme, l'effet de chaque technique est souvent à distinguer. Deux effets communs apparaissent malgré tout.

Le premier est le caractère indiscutable de la référence. Celle-ci se définissant comme l'extériorisation de la volonté interne au plan juridique, les seules difficultés sont procédurales et concernent la preuve et la validité de la stipulation. L'objet lui-même de la référence étant défini et tangible ne peut être contesté. Le vendeur

---

(16) J.C.I. com., fasc. XXVI, Ventes soumises à l'agrément de l'acheteur, n° 39 s.
(17) - Cf. art. 1615 C. Civ.

se voit appliquer, avec rigueur, l'article 1615 du code civil. Le texte souligne les difficultés à distinguer la question juridique de la protection de la volonté d'avec celle de l'exécution correcte du contrat. Pratiquement, le contentieux résulte de contestations nées de la comparaison pratique et matérielle de la référence à l'objet livré (18).

143 Plus important, par ses conséquences, est le second effet de la stipulation référentielle : son automatisme, donc sa rigueur. L'acceptation de la référence "fixe les données de la conformité" (19) et par là oblige à une exécution stricte. Le procédé ne se distingue pas d'une simple fixation contractuelle, d'un point de vue juridique, de l'objet de la vente, de sa nature, de ses caractéristiques ou des conditions de la délivrance, techniquement, la référence bénéficie de la sécurité du procédé. La définition de l'objet y est précise et, surtout, beaucoup moins sujette à erreur ou à abus.

144 La pratique judiciaire nuance malheureusement la protection qu'assure cette rigueur logique du procédé. Le juge en effet recherche souvent si l'intention des parties est bien l'exigence de la conformité stricte de l'objet à la référence. L'effet immédiat est que plus l'automatisme est certain, plus il s'agit d'une question d'exécution du contrat que de recherche d'intention. Un classement des techniques référentielles s'impose par mesure décroissante d'automatisme de la solution, donc de passivité parallèle du juge. La question se pose en termes de volonté et moins l'automatisme de la décision est marqué, plus le mécanisme de l'article 1110 réapparaît, notamment par la recherche d'intention réelle que suppose nécessairement l'admission de l'erreur. Le rôle du juge consiste donc dans la recherche de la rigueur de la référence, telle que l'entendent les parties.

1) L'échantillon :

145 Correspondant à une volonté commune de livraison conforme, il se voit admettre une force particulière. Le vendeur est obligé de délivrer un objet strictement conforme à l'échantillon (20) et la

(18) Alter, op. cit. p. 144.
(19) J.C.J. com, fasc. prec., n° 88 à 90.
(20) J.C.J. com, Fasc. XXVII, Ventes sur reference, n° 42 à 70.

moindre non - conformité autorise l'acheteur à refuser la marchandise (21). Il en est de même lorsque la chose livrée demeure impropre à l'usage auquel elle était destinée (22). Cette rigueur se renforce à mesure qu'augmente la différence entre l'objet et la référence (23). Cette dernière précision introduit déjà un hiatus dans la logique du système. Si l'effet de la référence est automatique, il porte sur tous les éléments de l'objet, même d'importance matérielle secondaire. Or, le juge effectue une recherche d'intention qui peut être détournée de son but réel, donc autorise l'insécurité par rapport à ce qui a été réellement voulu.

Suivant cette voie, toute une jurisprudence s'est développée, accentuant, aux dires du juge, la recherche de l'intention réelle des contractants. En réalité, cette tendance prétorienne s'impose plus par des considérations d'équité et d'opportunité que d'examen de la volonté commune réelle. Critiquable en son principe car elle nuit à la précision de la technique référentielle, à long terme, elle en détruit l'essence même. C'est ainsi que l'insignifiance de la non conformité à l'échantillon n'est pas sanctionnée quand bien même elle est certaine. Si la marchandise présente des défauts mais répond cependant aux besoins de l'acheteur, ce dernier ne peut invoquer le vice (24). Le juge, par souci de bonne conscience justifie généralement sa décision par la volonté de recherche de la "commune intention". Il est faux de parler d'échantillon dans ces hypothèses. Comme le précise M. Alter (25), "à ne pas se tenir à une telle rigueur, on contribue à introduire dans le véritable marché de l'échantillon, l'annonce d'un certain laxisme que le créancier de la conformité, par son choix initial, n'entendait certainement pas trouver". La modération du juge trouve, par contre, plus aisément justification à l'occasion du recours à d'autres techniques.

---

(21) ex : Lyon 4 Mai 1861, Mon. Jud. Lyon 8 juin 1861 (commande d'étoffe "très conforme" à l'échantillon).
(22) - ex : Cass. 22 décembre 1903 S. 1904,1,486 D.P. 1905,1,263.
(23) - Lyon 4 mai 1861 préc.
(24) - Civ. 4 décembre 1871 D.P. 73,1, 201 (réduction du prix prononcée alors que la marchandise est de qualité inférieure à l'échantillon).
(25) - Op. cit. p. 134.

2) La vente sur type :

146 Du point de vue de la conformité, il suffit que la marchandise soit, non pas identique mais, de la qualité du type. Le concept, lui même, autorise la souplesse judiciaire. Le type peut, ainsi, ne concerner qu'une marchandise similaire (26). Le juge apprécie, lui-même, le contenu et la rigueur de la conformité et sa sanction ne s'applique pas à une simple différence de qualité mais à une différence de type. La première n'ouvre à l'acquéreur qu'une action en réfaction (27) alors que, dans la seconde, l'article 1184 du code civil trouve à s'appliquer (28). A cet égard, les tribunaux de commerce ont tendance à imposer la réfaction afin d'éviter une résolution systématique des contrats pour des causes considérées comme secondaires, de simples prétextes (29).

147 3) Les ventes sur modèle :

Les solutions sont identiques à celles relatives à l'échantillonnage avec, cependant, une rigueur moindre. Le juge, en effet, admet une variabilité des objets surtout s'il s'agit de produits manufacturés (30) mais la conformité doit malgré tout rester "suffisante" (31). Les ventes sur devis, plans, ou description y sont assimilées.

148 4) Les ventes sur catalogue :

La fixation de la puissance de cette référence est délicate. S'analysant en une définition contractuelle de l'objet de la vente, sa valeur dépend essentiellement de la volonté des contractants. Bien entendu, si la vente se double du recours à une autre référence, généralement un échantillon, le régime protecteur de celui-ci écarte toute incertitude quant à la définition de la conformité.

---

(26) - T. com. Marseille 4 avril 1900, Rec. Marseille 1900,1,221.
(27) - J.C.J. com. fasc. XXVII n° 108.
(28) - Req. 9 mars 1910 D.P. 1911,1,433 ; S. 1913,1,269.
(29) J.C.J. com., fasc. préc., fasc. XXVII.
(30) Bordeaux 22 mai 1900 D. 1903,5,288.
(31) Delayen, Traité des marchés commerciaux, p. 284 s.

A défaut d'une législation ou d'une jurisprudence spécifiques, la pratique, qui accélère cette forme de vente, dégage, peu à peu, le régime général de la conformité. Il y a défaut d'identité si la qualité ne correspond pas à celle prévue par les descriptions de l'objet. La sanction résulte de l'application stricte des articles 1615 et suivants du code civil (32). Le droit de repentir, généralement reconnu à l'acquéreur par les conditions générales ou la pratique commerciale, écarte systématiquement le recours judiciaire pour défaut de conformité.

Au plan des principes, la référence constitue, par sa certitude, un moyen privilégié de protection contre l'erreur. Déterminant les exigences de la conformité, à l'avance et sans discussion, elle consiste, juridiquement, en un procédé de fixation contractuelle des caractéristiques du produit ou de la vente. Doit donc être critiquée la jurisprudence qui atténue les conséquences logiques de la référence. Il est inutile d'invoquer cette notion si on n'en tire pas les suites normales. L'acheteur, face à cette incertitude peut alors recourir à la possibilité d'imposer son agrément à la vente.

SECTION 2 : Les ventes avec agrément.

Les ventes avec agrément de l'acheteur sont des contrats dans lesquels l'accord de l'acheteur est soumis à une stipulation particulière. Parmi ces stipulations, les clauses intéressant la protection du consentement sont celles qui conditionnent l'existence, la conclusion de la vente, à la satisfaction de l'acquéreur. A défaut, donc à la suite de l'étude par l'acquéreur de l'inadéquation des biens à ses besoins, la vente est anéantie ou n'aura pas lieu selon que la stipulation consiste en une condition résolutoire ou en une condition suspensive. Trois de ces clauses sont fréquentes et caractéristiques

---

(32) - Obs. Dominguez, La vente par correspondance, Mémoire D.E.S., Paris 1968, p. 154 s.

de la vente commerciale. L'une d'elles, récente et non réglementée, tend à devenir un droit : la faculté de repentir de l'acheteur (§ 1) alors que d'autres modalités sont plus classiques : vente à la dégustation (§ 2) et vente à l'essai (§ 3). Ces procédés peuvent être étudiés par ordre décroissant d'agréage discrétionnaire. La souplesse du procédé permet à l'acquéreur de réparer une erreur selon des modalités rapides et n'exigeant pas l'accomplissement des conditions trop lourdes de l'article 1110, le vice étant réparé automatiquement.

§ 1 : Le droit de repentir :

151 Cette pratique consiste pour le vendeur à reconnaître à l'acheteur la possibilité de restituer les objets livrés soit en exigeant le remboursement du prix, soit en acquérant un autre objet auprès du même vendeur (33). L'exercice de ce droit est particulier : il est discrétionnaire pour l'acheteur. L'existence de cette faculté s'explique sociologiquement et commercialement. Il est d'abord remarquable que le droit de repentir ait été institutionnalisé par la pratique des entreprises de vente par correspondance. A cet égard, M. Dominguez parle (34), de manière significative, de "faculté de retour discrétionnaire". Le consommateur se décide à l'achat au vu d'un catalogue, d'une description qui, les techniques publicitaires aidant, fait plus appel aux désirs subjectifs de l'individu qu'à ses besoins objectifs. Enfin, un produit généralement manufacturé et dont les spécifications sont parfaitement définies peut, malgré tout, ne pas correspondre à une situation précise, à un besoin concret envisagé par l'acheteur. Le droit de repentir trouve donc à s'appliquer à des hypothèses variées allant d'une erreur de goût, purement subjective, sur la couleur d'un vêtement à l'inaptitude très objective d'une machine à répondre à des nécessités de production spécifiquement envisagées. Deux conséquences en résultent :

le droit de repentir s'applique à des situations qui, le plus sou-

(33) Sur cette clause : Ripert et Roblot n° 2515 ; Dominguez, op. cit. p. 160 ; Luc Bihl, chron. préc. p. 6.
(34) - Dominguez, op. cit. p. 160.

vent, n'autorisent pas un recours en nullité pour vice du consentement. Ceci pour des raisons juridiques (les conditions n'en sont pas remplies ou socio juridiques (faiblesse du consommateur, coût de l'action...)

Le droit de repentir, par voie de conséquence, intéresse, au premier chef, le petit ou moyen consommateur. Né de la vente sur catalogue, il s'est généralisé pour atteindre, de manière officieuse, certains secteurs de la distribution (vente de vêtements notamment). Sa reconnaissance officielle n'est pas exclue (35).

Si les moeurs commerciales se sont peu à peu habituées à l'expression "droit de repentir", qu'en est-il juridiquement ? La réponse peut venir de la recherche des sources de cette technique. La faculté peut d'abord être accordée amiablement par le vendeur. La spontanéité ne lui ôte, semble-t-il, pas toute valeur juridique : s'insérant au contrat, elle ouvre un droit à l'acquéreur et s'analyse en une condition résolutoire. La difficulté vient, en pratique, de la preuve de l'existence de cette stipulation. La vie commerciale écarte l'écueil juridique : le commerçant n'a aucun intérêt à décevoir son client en se déniant. Le droit de repentir peut, ensuite, préexister au contrat de vente. Il est alors prévu dans les conditions générales de vente, le plus souvent sur le catalogue de l'entreprise de vente par correspondance. Sous cette forme, il présente l'avantage juridique de la certitude quant à son existence ou ses modalités d'exercice. Il s'analyse en une condition résolutoire potestative de la part du créancier, donc valable. Aucune disposition n'impose à l'entreprise de le faire figurer mais la plupart des maisons de vente l'admettent. Mme Gaultier souligne, avec raison, qu'il s'agit, de leur part, d'un aménagement et d'une application conventionnelle des articles 1615 et suivants du code civil (36).

Lorsqu'elle existe, la clause produit des effets en faveur de l'acquéreur, si celui-ci consent à l'invoquer :

---

(35) - Il s'agit d'ailleurs d'une des exigences de la "charte du consommateur".
(36) - J.C.L. com., fasc. XXVII bis, n° 131.

- L'acheteur peut retourner sans motif les articles à l'expéditeur. Si le client a payé le vendeur, il a droit, sauf clause contraire, au remboursement sans qu'il puisse lui être imposé l'achat d'autres articles. La remise en l'état consiste en l'application stricte de la condition résolutoire. Stricto sensu, la vente n'est donc pas une vente avec agrément puisqu'elle est parfaite dès sa conclusion.

- Certaines obligations de loyauté pèsent cependant sur cet acquéreur repentant. Il doit ainsi supporter les risques de perte puisque la chose doit être restituée en bon état. Par ailleurs, il est fréquent de stipuler un délai à l'exercice du repentir, exigence justifiée si le délai est normal. A défaut de stipulation, il est admis dans des délais "raisonnables" et, en toutes hypothèses, jusqu'à agrément des marchandises, notamment par le paiement du prix. Enfin, sauf erreur incombant à l'entreprise, les frais de retour sont à la charge de l'acquéreur (37).

Ces solutions découlent des règles de la condition résolutoire mais, également, de l'esprit des utilisateurs du droit de repentir. Concédé spontanément, il est un moyen de satisfaction de la clientèle. L'inexécution stricte du droit serait à long terme préjudiciable à l'entreprise commerciale. Quel est alors l'avenir de ce "droit" ?

154 L'exemple de la réglementation de la vente à domicile donne à penser qu'il sera un jour reconnu juridiquement au consommateur et, pourquoi pas, à tout acheteur par correspondance. La loi du 22 décembre 1972 prévoit ainsi, notamment, comme mention obligatoire de ce contrat l'indication de la faculté de renonciation, ses modalités d'exercice et le texte des articles 2 , 3 et 4 de la loi, de façon apparente. Doit être prévu un formulaire détachable permettant l'exercice de cette faculté (38). A compter de l'engagement d'achat, le client a un délai de 7 jours pour y renoncer par lettre recommandée avec accusé de réception sans pouvoir renoncer, dans le contrat, à cette faculté. Aucun paiement ne peut s'effectuer valablement pendant ce délai. Il ne s'agit

---

(37) - Gaultier, op. cit. n° 133.
(38) - Un décret en C.F. doit en fixer le contenu.

pas d'un droit de repentir mais d'un délai de réflexion,c'est-à-dire une condition suspensive créée par la loi, contre le risque d'agressivité commerciale. L'esprit est cependant identique : protéger le contractant contre une fausse représentation de l'objet et contre ses faiblesses naturelles.

Le législateur envisage-t-il d'institutionnaliser la faculté de retour discrétionnaire ? M. Bihl est réaliste puisqu'il remarque (39) : "En sera-t-il de même lorsque ces entreprises auront approché de leur taux optimum d'expansion et qu'elles n'auront plus à espérer une grande progression. Commerce et philantropie se fondent rarement et il faut espérer qu'à ce moment le droit de renvoi, aujourd'hui strictement contractuel, se soit généralisé et s'impose comme une obligation stricte inscrite dans tous les contrats de vente par correspondance". L'esprit actuel du législateur, l'attitude favorable des professionnels,sont autant de forces qui justifient l'intervention législative afin de fixer ce consensus. Le droit est, par contre, bien établi en ce qui concerne les ventes à la dégustation.

§ 2 : Les ventes à la dégustation :

155 L'article 1587 du code civil dispose : "A l'égard du vin, de l'huile et des autres choses que l'on est dans l'usage de goûter avant d'en faire l'achat, il n'y a point de vente tant que l'acheteur ne les a pas goûtées et agréées". La source du droit d'agrément est légale et signifie que, pour les ventes visées par le texte, la faculté est de droit, à l'inverse des autres ventes où elle doit être stipulée. Si la source de l'agrément est la convention des parties dégagée par une convention expresse ou les circonstances de la cause, le contrat est appelé couramment "marché à l'agréage". L'acte, s'il est assorti d'une condition suspensive, suit les mêmes règles que la vente à la dégustation (40). En dehors des cas expressément prévus par le législateur, c'est à l'extrême variété des usages qu'il revient de fixer le domaine d'application de cet article, sous couvert du pouvoir d'appré-

---

(39) - Bihl, chron. préc. p. 6.
(40) - Obs., J.C.L. com. fasc. XXVII n° 99 s.

ciation souverain du juge. La validité juridique de la condition est indiscutable : elle est potestative pour le seul acquéreur, créancier de l'obligation. Avant toute recherche des effets juridiques de la dégustation, il convient d'en fixer la nature juridique.

155 La question est controversée et suppose au préalable une distinction de la vente avec d'autres contrats :

- La vente à l'agréage : le contrat contenant une clause d'agréage n'est pas conditionnel. "Son existence n'est pas subordonnée à une manifestation de volonté de l'acheteur; celui-ci est lié définitivement, la vente est ferme et l'agréage prévu n'est, en réalité, qu'un acte d'exécution de la convention" (41). L'acquéreur a l'obligation de vérifier la marchandise. Il est lié, dans cette appréciation, par la définition contractuelle de l'objet et ne peut anéantir le contrat pour simple défaut de convenance personnelle. La finalité de la clause d'agréage reste, avant tout, la protection du vendeur contre des réclamations tardives, contre l'inertie d'un acquéreur qui voudrait ensuite s'en prévaloir.

- La vente à l'essai : comme il sera vu, dans ce contrat, l'acquéreur se réserve le droit d'essayer la chose avant de donner son accord à la vente. Si l'essai est objectivement satisfaisant, la vente est rétroactivement confirmée. La distinction des deux catégories de vente résulte de cette dernière précision : il suffit, pour l'heure, d'admettre que, dans la vente à goûter, l'acquéreur possède un droit arbitraire d'appréciation. La jurisprudence tend, il est vrai, à nuancer cette distinction.

156 Une question préalable doit être résolue, car elle paraît conditionner le rattachement de la vente à la dégustation à un système juridique plus vaste de protection de l'intégrité du consentement, notamment par sa fonction complémentaire de celle de l'article 1110 : quelle est la nature de la condition d'agrément affectant le contrat ? Classiquement, la vente à la dégustation est considérée comme contractée sous condition suspensive de l'agrément de l'acheteur, condition vala

(41) - J.C.I. com, Ventes Com, fasc. XXVI, Ventes à la dégustation et soumises à l'agrément de l'acheteur, n° 77 ; T. com. Marseille 21 décembre 1921, Rec. Marseille 1923,1,150.

ble puisque, bien que potestative, elle émane du créancier. L'analyse est actuellement critiquée, pour trois raisons (42).

L'argumentation classique contredit le texte de l'article 1587 qui déclare "qu'il n'y a point de vente...", assimilant ainsi vente à la dégustation et vente à l'essai.

Le consentement de l'acheteur, élément essentiel à la formation de la vente, ne saurait être qualifié de modalité du contrat.

- Enfin, s'il y a condition, cette condition est purement potestative de la part de l'acheteur ; la vente devient dès lors une promesse unilatérale de vente (en réalité, il n'y a pas simple promesse puisque l'acheteur se trouve, au moins, dans l'obligation de procéder à la dégustation).

L'attrait de cette discussion, au plan juridique, est surtout lié à la détermination de la date du transfert de propriété mais, également, paraît exclure la vente à la dégustation d'un système strict de protection du consentement. Si l'étude est juridiquement exacte, techniquement, elle ne correspond pas à la réalité. En pratique, l'analyse classique correspond mieux à l'attitude des contractants : peu importe qu'il y ait ou non promesse de vente à l'origine. La réalisation de la condition conclut, pratiquement, la vente, faisant du consentement un élément du contrat. La vente à la dégustation s'éloigne de la vente à l'essai en se rapprochant du contrat assorti du droit de repentir. Les droits de l'acheteur suivent-ils cette évolution ?

Comme le note justement M. Serna (43), la question (et l'intérêt essentiel) de la technique de la vente à la dégustation consiste dans la détermination de la nature de l'essai. L'acheteur peut-il se voir reconnaître un droit discrétionnaire de refuser la

---

(42) - Doctrine classique : Hémard, t. I, n° 167 ; Larguier, Formation du contrat de vente, in Hamel, p. 75 ; Doctrine contemporaine : Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil français, t.10 par Hamel n° 303 ; Malaurie, Encycl. Com, V° Vente com. n° 61.

(43) - Jean Christian Serna, Le refus de contracter, th. Paris 1967, p. 207.

chose après l'avoir goûtée ou est-il lié par des critères d'appréciation objectifs de la qualité ? De façon complémentaire, le vendeur peut-il vérifier que la chose refusée est, en réalité, loyale et marchande ? Si certains arrêts ont supprimé ce droit arbitraire de l'acquéreur, plus fréquemment, le juge décide que l'agrément est absolument libre de toute contrainte (44). Sauf stipulation particulière, il n'y a pas à distinguer selon la destination,personnelle ou commerciale, de la marchandise, envisagée par les contractants (45). Seule l'appréciation personnelle de l'acheteur est à considérer.

L'abus de droit a été invoqué pour limiter cette toute puissance de l'acheteur et pour permettre d'atténuer l'arbitraire de sa décision (46). "Le tribunal pourra donc, dit M. Larguier (47), éventuellement, déclarer que l'acheteur a abusé de son droit d'agrément, en tenant compte d'éléments tels que la destination des marchandises et contraindre l'acheteur à agréer les choses objets de la vente". Le juge a parfois considéré la destination de la marchandise, en dépersonnalisant la dégustation (48). Partant de cette idée que le goût n'est pas chose entièrement subjective, M. Serna (49) propose comme terme de comparaison les goûts de la clientèle. La dégustation s'apprécie selon les goûts de l'acheteur, eux-mêmes dépendant de ceux de la clientèle habituelle.

158 Que penser de cette évolution ? Il convient, tout d'abord, de préciser qu'elle n'a pas encore reçu de consécration jurisprudentielle, les décisions étant d'une rareté particulière. Le terme agrément suppose une liberté absolue de l'acheteur et il est contradictoire de vouloir lui tracer des limites. Inversement, l'abus de droit a le mérite de l'équité face aux exigences de la sécurité du commerce. La solution peut être intermédiaire : la vente à la dégustation, lato sensu, peut avoir deux sources : d'une part, être imposée au vendeur par les usages,

---

(44) - Req. 5 décembre 1842, S.1, 89.
(45) - Cf. Baudry-Lacantinerie et Saignat, Traité de la vente, n° 159 ; Josserand, Droit civil, 3° éd. n° 1065.
(46) - Ripert et Roblot, n° 2513.
(47) - Larguier, op. cit. p. 80.
(48) Angers 21 janvier 1935 S. 35,2,228.
(49) - Op. cit. p. 209.

il convient alors d'éviter tout abus par l'application de la théorie de l'abus de droit ; d'autre part, elle peut être choisie par les contractants (hypothèse plus fréquente du marché à l'agréage) auquel cas la vente autorise un choix tout à fait arbitraire de l'acquéreur. Si les contractants ont, en connaissance de cause, choisi cette technique de vente, plutôt qu'une autre, le vendeur accepte le risque de jugement libre de l'acquéreur. Cette proposition originale, qui peut heurter une certaine doctrine, a le mérite de singulariser la vente à la dégustation conventionnelle par rapport à la vente à l'essai. Enfin, pour respecter la volonté des rédacteurs du code, la vente à la dégustation par usage ne doit se voir limiter par la théorie de l'abus de droit que de manière exceptionnelle. Le critère objectif de M. Sarna, pour équitable qu'il soit, semble d'application délicate. Peut-on fixer les goûts d'un commerçant par rapport à ceux de sa clientèle ou enfin, présumer de la destination commerciale d'une marchandise non encore achetée ? La solution doit, par contre, différer en ce qui concerne la vente à l'essai, dernière forme de vente avec agrément de l'acheteur.

§ 3 : La vente à l'essai :

159 Dans la vente à l'essai, la chose est délivrée à l'acheteur afin que celui-ci puisse en faire l'essai. L'article 1588 du code civil écarte toute ambiguïté sur la nature de la clause puisqu'il dispose : "la vente faite à l'essai est toujours présumée faite sous condition suspensive". Quels en sont le domaine et les conséquences ?

160 A la différence de la vente à la dégustation, la vente sera présumée faite à l'essai si la condition a été expressément stipulée par les parties (50). Il existe une exception traditionnelle pour les vêtements : la stipulation de l'essai y est considérée comme une modalité ordinaire de la vente (51). Enfin, la nature de la chose

(50) - Baudry-Lacantinerie et Saignat, op. cit, n° 164.
(51) Paris 28 mai 1877 D.P. 78,2,211 ; S. 79,2,86.

vendue permet parfois de découvrir la volonté tacite de procéder à l'essai (52), ce qui est notamment le cas des véhicules d'occasion. La jurisprudence décide, ainsi, que les ventes de chevaux s'effectuent toujours à l'essai et le fait qu'un cheval soit resté huit jours dans les écuries de l'acquéreur ne suffit pas, par exemple, à démontrer qu'il y a eu vente définitive (53). Les ventes de machines industrielles sont,également,tacitement soumises à cette condition et supposent, après mise en place, un fonctionnement normal (54).

L'existence de la condition établie, se pose une question technique : quelle est la durée du délai durant lequel s'effectue l'essai ? Le contrat peut le fixer lui-même, à défaut, la référence aux usages est utile (ainsi en matière de vente de chevaux, les usages de Marseille le fixent à un ou deux jours). En cas de différend, le juge fixe la durée selon les circonstances, disposant d'un pouvoir souverain d'appréciation (55). Si l'acheteur ne remplit pas son obligation d'effectuer l'essai et en l'absence de délai précisé, c'est au vendeur qu'il revient de mettre l'acquéreur en demeure de l'effectuer.

L'essai réalisé durant le délai, intervient la décision de l'acheteur. Si celui-ci le juge satisfaisant, la vente est confirmée par l'acceptation expresse ou tacite de l'acquéreur. Le juge apprécie souverainement son comportement. L'absence de contestation pendant un délai suffisamment long est, à cet égard, le critère essentiel (56). La condition suspensive produit ses effets normaux quant au transfert des risques et de la propriété mais une question demeurée célèbre se pose quant à la latitude de l'acheteur à juger l'essai.

161 La solution jurisprudentielle de principe ne peut guère donner lieu à critiques. Elle correspond à l'esprit du contrat et

---

(52) - Pour des ventes d'animaux : Trib. Seine 6 février 1901 : Pand. franc. per 1902 - le droit 30 juin 1901.
(53) - T. civ. Seine 24 février 1906 D.P. 1906,5,40.
(54) - Trib. Paix Versy 28 mars 1905 D.P. 1906,5,32 ; Caen 12 juin 1907 Rec. Caen 1907, p. 197 (véhicule d'occasion).
(55) - T. com. Nantes 2 nov. 1918 Rec. Nantes 1919,1,47.
(56) - Lyon 3 avril 1889, Mon. jud. Lyon 25 octobre 1889 ; Colmar 2° ch. 21 avril 1931, Rev. Als. Lorr. 1931, 422 et J.C.L., op. cit., 6 / n° 73 et s.

explique sa fréquence dans la vie des affaires, à tous niveaux : qu'il s'agisse de l'industriel qui procède à l'essai d'une machine ou du petit consommateur qui acquiert un véhicule d'occasion. L'acheteur ne peut refuser arbitrairement la marchandise délivrée (57). Si l'essai est objectivement satisfaisant, le vendeur, au cas de refus d'agrément, peut démontrer que le produit répond aux exigences initiales de l'acquéreur. La solution est certaine si le contrat, par une clause expresse oblige l'acquéreur à se référer à des critères objectifs d'appréciation. Parfois, lors de la conclusion de l'acte, le vendeur prévoit, au cas d'essai infructueux, le remplacement du produit et un nouvel essai, ou, encore, le simple remplacement des pièces défectueuses. Le contrat, comme le note justement M. Larguier (58), est en réalité une vente pure et simple. La controverse s'est posée, bien évidemment, lorsque le contrat est muet. M. Larguier recherche d'abord si la décision dépend de qualités objectives de la chose, par exemple la vitesse de rotation d'une machine, auquel cas le pouvoir d'appréciation ne peut être absolu. Par contre, l'acquéreur recouvre un pouvoir discrétionnaire lorsque le jugement résulte nécessairement d'une recherche purement personnelle ; c'est le cas de l'acquéreur d'une oeuvre d'art comme, par exemple, un enregistrement musical.

La distinction est séduisante et correspond fréquemment aux décisions judiciaires (59). Cependant, dans l'absolu, toutes les hypothèses se rapportent à la première situation : la vente à l'essai se caractérise par l'absence totale de droit discrétionnaire de refus de l'objet de la vente. Les goûts artistiques d'une personne sont eux-mêmes susceptibles d'objectivisation : les contractants se sont entendus sur un objet précis. Aussi, l'essai ne peut-il porter que sur des qualités objectives de l'objet (matière, couleur, forme...) et non sur sa perception subjective par l'acquéreur (appréciation de la beauté par exemple). La solution inverse serait contraire à l'idée même d'essai

---

(57) - Aubry et Rau, op. cit., § 349.
(58) - Larguier, op. cit. p. 73.
(59) - Paris 27 novembre 1968 G.P. 69,2 - R.D.C. 70,180, obs. Hémard ; Dans le même sens : J.C.L. com., Ventes conditionnelles, fasc. XXV, n° 59 ; voir ainsi sur la forme d'un manteau : Trib. Seine 21 février 1913 G. P. 1913,1,347.

qui suppose un jugement des qualités matérielles du produit (60).

162 La vente à l'essai doit rester enfermée dans ce cadre strict qui est, semble-t-il, la raison de son succès. La représentation d'une marchandise est insuffisante à assurer la protection de la volonté individuelle. L'acheteur a besoin de conforter son impression première d'un jugement direct sur le bien, objet de la vente. A l'inverse, le commerce exige, par sécurité, d'éviter tout abus dans cette appréciation. La vente à l'essai, comme le droit de repentir et, dans une mesure moindre, la vente à la dégustation y concourent, chacune à leur façon. Lorsque la vente est définitive, la protection reste encore assurée contre le risque d'erreur par la théorie des vices cachés.

---

(60) - Mme Nguyen-Thanh,(th. Préc. n° 729) parle, en l'occurrence, de qualité d'usage s'ajoutant à la qualité conforme c'est à dire l'exigence de la conformité du bien à la commande, cette dernière notion englobant finalement la qualité d'usage.

CHAPITRE II LA THEORIE DES VICES CACHES, PROTECTION CONTRE L'ERREUR SE REVELANT LORS DE L'EXECUTION DU CONTRAT.

3 A l'évidence, la théorie des vices cachés trouve, en la vente commerciale, un domaine d'élection. L'analyse juridique est, classiquement, la suivante : le vendeur a l'obligation de délivrer la chose vendue telle qu'elle a été envisagée lors de la conclusion du contrat. Aussi, n'accomplit-il pas son obligation de délivrance lorsque la chose contient, à sa livraison, des vices qui la rendent impropre à l'usage auquel l'acquéreur la destine.

Si ce fondement juridique doit être nuancé, techniquement et chronologiquement, le mécanisme est exact : l'acheteur veut acquérir un bien exempt de tout vice, en vue d'un usage précis (1). Réapparaît ainsi l'idée que ce qui a été voulu doit être exécuté. Il serait, cependant, faux de limiter la garantie des vices à une simple modalité d'exécution du contrat.

4 La garantie des vices cachés peut être placée, à part entière, dans un système de protection de l'intégrité du consentement. La référence à la volonté s'effectue de façon objective et implicite par la notion de qualité suffisante qui est à la base de la garantie légale. L'esprit de la garantie, légale ou conventionnelle, est en germe dans l'article 1641 du code civil qui oblige le vendeur à garantie "à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage, que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus".

Techniquement, l'opération est proche de la vente sur référence. La protection individuelle est légalement renforcée grâce à la référence objective à une qualité normale. Ce n'est pas tout.

---

(1) - Planiol et Ripert, t. X par Hamel, n° 125, p. 135.

L'appréciation jurisprudentielle des conditions de la garantie des vices montre des similitudes frappantes d'attitude du juge avec l'application de l'article 1110 du code civil.

Mais, le juge a si habilement manipulé les textes anciens des articles 1641 à 1649 du code civil qu'il en a totalement bouleversé l'application. Le particularisme des relations entre professionnels et profanes, dans la vie commerciale l'a conduit à favoriser systématiquement, et souvent à l'encontre de la volonté réelle, les intérêts du contractant économiquement moins puissant. Il convient de s'interroger sur l'opportunité d'un retour à une appréciation plus exacte du consentement et sur le fondement d'une jurisprudence prétorienne et quelque peu excessive (section 2) mais, d'ores et déjà, est-il nécessaire d'en fixer les limites positives (section 1).

SECTION 1 : L'application positive de la théorie des vices cachés à la vente commerciale.

165 La garantie édilicienne a donné lieu à de nombreuses études doctrinales (2) mais il est frappant de constater, en ce domaine, l'importance de la pratique dans la formation de ce droit. La garantie, légale ou conventionnelle, est d'application courante, quasi banale. Le plus fréquemment, elle ne donne pas lieu à contentieux. Le nombre malgré tout important des décisions s'y référant est donc révélateur de son utilité pratique. La garantie légale est conçue comme facultative et répond à l'idée qu'il est d'une part impossible de tout prévoir dans un contrat quant aux qualités de la marchandise et que, d'autre part, il est évident que l'acquéreur, compte tenu des circonstances, a voulu obtenir une qualité normale, quand bien même il ne l'aurait pas fait savoir. Cette double exigence suffit à expliquer les orientations jurisprudentielles. Enfin, il s'y ajoute, dans la garantie conventionnelle, des considérations tirées de l'équité.

§ 1 : Garantie légale et consentement individuel :

166 Le schéma de la protection légale du consentement est le suivant : le vice doit présenter des caractéristiques précises : il doit empêcher ou diminuer l'usage normal, apprécié selon les circonstances, auquel l'objet est destiné. Le vice doit être caché soit que l'acquéreur l'ignore, soit que ses connaissances techniques ne lui permettent pas de le connaître. Le vice, enfin, doit être antérieur à la vente. Lorsque ces conditions sont remplies, la garantie du vendeur s'applique. L'acquéreur peut d'abord opter pour l'exercice d'une action rédhibitoire lui permettant de demander en justice la résolution de la vente avec restitution du prix et remboursement des frais résultant de la vente (art. 1644 C. Civ.). Le code, dans ce cas, distingue : si le vendeur connaissait le vice caché lors de la vente, il doit restitution du prix mais, aussi, réparation de tous les dommages, même non prévisibles, subis par l'acheteur (art. 1645 C.Civ.). Si le vendeur ignorait le vice,

---

(2) - Cf. Bibl au J.C.L. com, Ventes com, fasc. XVI, Vices cachés.

il n'est tenu qu'à la restitution du prix (art. 1646 C. Civ.) (3). L'acheteur peut ensuite choisir l'action estimatoire lui permettant, tout en conservant la chose, d'obtenir une diminution judiciaire du prix. Si la doctrine classique considère la garantie, d'éviction et des vices de la chose, comme une technique d'exécution du contrat, il est cependant concevable de nuancer largement cette opinion. La garantie, telle que l'entendent le législateur et le juge, est, pour beaucoup, une mesure a posteriori de protection du consentement. L'étude des conditions d'ouverture de la garantie permet de découvrir ces atténuations et d'en fixer l'importance.

A - Le vice doit être caché :

167 Si, lors de la vente, le vice est apparent, l'article 1646 du code civil présume que l'acheteur l'a connu et accepté (4). La garantie est ainsi liée à la délimitation conventionnelle des qualités de la chose vendue. Cela suppose, également, l'exclusion de la garantie légale pour tout vice révélé à l'acquéreur, lequel, par là-même, a accepté les conséquences du vice. Un premier décalage entre la garantie et la protection de la volonté apparaît déjà : le caractère caché du vice s'apprécie in abstracto, c'est-à-dire par référence à une personne ayant les mêmes connaissances techniques que l'acquéreur (5). La solution varie à l'infini selon les circonstances et le juge tient compte de la nature de la marchandise, de la difficulté à connaître le vice, de l'expérience de l'acheteur. La garantie s'attache essentiellement à l'erreur de l'acheteur ; c'est pourquoi il importe peu, pour l'ouverture de la garantie, que le vendeur ait connu le vice

---

(3) - On verra que la jurisprudence écarte purement et simplement la distinction en ce qui concerne les professionnels de la fabrication ou de la vente.

(4) - T. com. Fecamp 11 mai 1938, G.P. 1938,2,536 ; Civ. 1° 3 mars 1971 Bull. I n° 68.

(5) - H.L.J. Mazeaud, Traité de la Responsabilité civile, t. III, n° 982.

son attitude de mauvaise foi n'intervient que pour lui faire supporter des dommages-intérêts (6).

68 Le comportement de l'acheteur est seul à considérer pour excuser l'erreur qu'il a commise en ne découvrant pas le vice. Ce dernier doit donc, de manière générale, être considéré comme caché toutes les fois qu'un examen attentif de l'acheteur ne l'a pas révélé (7). L'intensité de ce contrôle varie sous l'effet de certains facteurs :

- La nature de la marchandise peut, selon les usages du commerce, modifier l'importance de l'examen. Parfois, une vérification approfondie est contraire aux usages en cours et l'acheteur ne peut être tenu pour fautif s'il n'y a pas procédé (8). Il en est ainsi des ventes de produits en quantité importante, notamment si les objets sont emballés.

- Seul l'usage peut parfois permettre de découvrir le vice et, à moins que la chose ne possède en elle-même, lors de la vente, les germes apparents du défaut de qualité, il y aura vice caché pour l'acquéreur (9). Ainsi, en est-il par exemple d'une colle qui n'adhère pas (10), d'une machine n'ayant pas encore fonctionné...

L'attitude contractuelle du vendeur suppose, souvent, son ignorance du vice : l'importance relative du prix est un élément primordial mais, comme, par ailleurs, il intervient à l'appui d'autres circonstances, parmi un faisceau d'indices. A l'inverse, la faiblesse du prix laisse supposer l'acceptation, en connaissance de cause, par l'acheteur des conditions de la vente (11).

- La nature du vice, enfin, est systématiquement considérée par le juge, compte tenu des connaissances de l'acquéreur du bien. Plus le

---

(6) - Infra dol et J.C.L. ventes commerciales fasc. XVI n° 60, p. 9.
(7) - Bordeaux 10 décembre 1928, D.P. 1929,2,81, note Voirin ; 17 janvier 1950, R.D.C. 1950 p. 630, n° 9.
(8) - Douai 23 juin 1930 Rec. Douai, 1930,195 ; Req. 5 juin 1929 Gaz. Trib. 9 octobre 1929 ; Paris 3 décembre 1902, J. Trib. Com., 1903,466.
(9) - Com. 4 décembre 1950, R.D.C. 51 n° 9 p. 571.
(10) - Com. 21 février 1966, Bull. III n° 109.
(11) - Lyon 29 avril 1950, R.D.C. 51 n° 8 p. 106 ; Cass. Com. 26 juin 1965 Bull. Civ IV n° 206, p. 186.

vice est objectivement difficile à connaître et, plus les connaissances techniques ou professionnelles de l'acheteur sont étendues, plus le contrôle à effectuer est élevé (12). Ainsi, le mauvais état intérieur d'un pneumatique, grossièrement réparé à l'aide de rustines collées à froid, peut-il difficilement être considéré comme caché pour l'acheteur, même profane, d'un véhicule d'occasion (13). Un antiquaire ne peut, de même, à raison de sa qualité professionnelle, se prétendre trompé par le vice d'une pièce d'art qu'il ne pouvait ignorer (14). Le bon sens, lui-même, dicte souvent la conduite du juge qui écarte toute demande grossière (15). La considération de la profession est systématique : l'acheteur professionnel est présumé devoir connaître la chose examinée et son défaut d'examen attentif ne lui est pas pardonné.

Du contenu du caractère caché du vice se dégage un premier aspect juridique de la garantie : l'excusabilité de l'ignorance de l'acheteur (16). Or, il est tentant d'assimiler ignorance excusable et erreur, vice du consentement. Le juge rapproche les deux institutions par la considération des mêmes circonstances, notamment la profession de l'acquéreur. "Lorqu'un acheteur achète une chose dans l'exercice de sa profession, il ne peut ignorer les vices que l'on recherche habituellement dans la profession, quand bien même, sur un simple examen, un non spécialiste ne les aurait pas aperçus"(17). Le vendeur n'est pas tenu à garantie pour avoir livré une chose viciée mais pour avoir livré une chose non conforme à ce que voulait l'acquéreur.

B - Le vice doit être antérieur à la vente :

169 La condition rattache, a priori, la garantie à l'inexécu-

(12) - Angers 15 février 1960, G.P. 60,1,289.
(13) - T.G.I. Avesnes 5 février 1964 G.P. 64,1,421 (vente de bois mitraillé par les faits de guerre).
(14) - Cf. notamment : Civ. 11 octobre 1966, J.C.P. 67 II 15193 (considérant, expressément, comme inexcusable l'attitude d'un acquéreur ne s'étant pas plié à des contrôles très stricts).
(15) - Civ. 1° 18 décembre 1962, Bull. civ. I n° 554,468 - D. 63,114 ; Com. 17 décembre 1964, Bull. III n° 571 p. 506.
(16) - Civ. 22 novembre 1926 S. 27,1,169 note Vialleton.
(17) - Malaurie, Encycl. Com., V° Vente com., n° 377.

tion de ses obligations par le vendeur. Etant tenu de délivrer la chose exempte de vice, il est ipso facto responsable des vices antérieurs à la vente et révélés postérieurement. En fait, si l'on modifie la proposition, on peut dire que le vice ne doit pas être postérieur à la vente pour engager la garantie du vendeur. Comme l'erreur, il peut donc être concomitant à l'acte, le vendeur ne délivrant pas ce qui est convenu. Il suffit d'ajouter que la loi du 22 décembre 1971, sur les ventes d'animaux domestiques, donne à l'acheteur le droit, dans les quinze jours du contrat, de demander la nullité de la vente d'un animal atteint d'une maladie infectieuse. Plus que du souci de faciliter la preuve d'un vice antérieur mais dont la date de naissance est délicate à déterminer, ce texte résulte de la volonté de protection systématique de l'acheteur aux dépens du vendeur.

C - Le vice doit être grave :

La garantie concerne les vices qui rendent la chose impropre à l'usage auquel on la destine ou qui diminuent gravement cet usage. Deux éléments conditionnent la gravité du vice : sa nature fonctionnelle et son usage normal (le premier élément s'appréciant, en valeur relative, par référence au second).

170 La chose doit être inapte à l'entier usage auquel l'acquéreur la destinait. La gravité de cette impropriété dépend essentiellement des circonstances et est laissée à l'entière appréciation des juges du fait. Il est tentant de rapprocher le défaut d'usage de la chose, de l'erreur sur l'aptitude de l'objet mais, comme il sera vu, le vice caché se caractérise par son objectivité. Aussi, la simple perte d'un agrément, si elle peut constituer une erreur sur la substance, n'est pas admise au titre du vice caché dès lors que l'usage normal de la chose n'est pas notablement diminué (18). Par contre, les deux notions se rejoignent partiellement par la référence, conventionnelle ou présumée, à la destination de la chose. L'erreur, est-il dit, doit être commune, c'est-à-dire, plus exactement, entrée dans le

---

(18) - Civ. 22 novembre 1926, préc.

champ contractuel par la volonté expresse ou tacite des contractants. Le vice édilicien, quant à lui, doit être grave au point d'empêcher l'usage de la chose. Il est exact de parler d'usage normal du bien mais la normalité de l'usage doit, elle-même, être définie. Or, il est frappant de constater qu'à l'instar de l'erreur - vice du consentement, la norme, l'exigence de l'acquéreur, doivent être exactement définies. Deux situations sont à envisager :

a) La première suppose que les contractants n'aient pas eux-mêmes défini les conditions d'usage de la chose vendue. Le vice sera admis ou refusé comme suffisamment grave, compte tenu des circonstances de l'espèce, c'est-à-dire principalement la nature de l'objet vendu ou la destination que veut lui donner l'acheteur. S'il n'a pas lui-même fait connaître expressément cette destination, la seule solution concevable est la référence à la nature de la marchandise vendue. La solution de cette comparaison matérielle est, le plus souvent, évidente : constitue ainsi un vice caché l'impossibilité pour des tuiles de résister aux intempéries et au gel alors que cet usage doit être attendu par l'acquéreur (19) ; de même, le fait de conserver la même appellation pour un produit ancien dont la composition a varié (20) est un vice de la chose vendue, ou, encore, la vente de graines pour des betteraves sucrières qui sont en réalité des betteraves fourragères peut être attaquée pour vice de la chose à condition que le vice ait été indécelable (21).

171 Dans son appréciation de la gravité du vice, la jurisprudence se réfère plus largement à "l'usage normal" de la chose. La solution présente l'avantage d'englober des situations variées. La vente de véhicules d'occasion en fournit l'exemple. L'usage normal n'est pas celui d'un véhicule neuf et le vice peut, par sa faiblesse ou sa prévisibilité, être considéré comme normal ou apparent (22). La restriction

---

(19) - Com. 4 février 1964, Bull. IV n° 53, p. 45 ; 9 février 1965 Bull. IV n° 103, p. 86.
(20) - T. com. Marseille 26 avril 1907, Rec. Marseille 1907,1,284.
(21) - Civ. 1° 11 octobre 1966 J.C.P. 67 II 15193.
(22) - Paris 19° Ch. 6 novembre 1963 G.P. 64,1,314 J.C.P. 64 éd. C.I. 73250 ; Rennes 7 mai 1912, Gaz. Trib. 1912,2,157 ; Douai 3 juillet 1931, Rec. Douai 1931,281.

des avantages de la chose sur lesquels l'acheteur peut compter, telle la possibilité de revente d'un véhicule (23), l'absence d'opposition sur le paiement de coupons de titres négociables (24) constitue un vice de la chose. De façon générale, l'usage de la chose entraîne une usure considérée elle-même comme normale. Objectivement, cette usure constitue un vice de la chose. Dès lors que l'objet est vendu comme usagé, l'usure normale entre dans le champ contractuel et est acceptée par l'acheteur. Le rejet de l'action est certain dès lors, la jurisprudence récente le confirme (25), que l'utilisation est "très proche de la normale". La nuance subtile est d'importance. De ce premier point de vue, la garantie légale constitue un mode essentiel de protection de l'acquéreur contre la vente de biens défectueux. L'apport légal paraît moins exorbitant dans la seconde situation : les contractants ont déterminé la nature et la destination de la chose vendue.

b) Si l'acquéreur désire utiliser la chose dans des conditions anormales, ou si, compte tenu de l'utilisation particulière envisagée, il exige que celle-ci soit d'une nature particulière, il doit, avant la vente, en avertir le vendeur. Si le vendeur estime que l'objet répond à ces spécifications, il peut consentir à la vente. Mais s'il accepte de vendre en connaissance de cause, il supporte, avec les conséquences qui résultent de son éventuelle mauvaise foi, les suites normales de la garantie. Ainsi, lorsqu'un fabricant de bière acquiert, sans avertir le vendeur de cet usage, un stérilisateur afin de l'utiliser à la destruction de ferments lactiques nuisant à la conservation de la bière, le vendeur ne peut être tenu à garantie si la machine n'est pas destinée à cette fonction (26).

La condition initiale suppose pour l'acquéreur l'obligation de déclarer l'usage anormal de la chose, tel qu'il l'envisage, à l'acquéreur, ce qui n'est pas sans évoquer l'obligation de renseignement, et le vendeur doit en avoir une connaissance effective. L'information peut être expresse : il y aura vice d'un véhicule vendu "dans

---

(23) - T. civ. Seine 27 mars 1914, G. P. 1914,2,80.
(24) - Req. 7 novembre 1893 D. 94,1,258.
(25) - Civ. 1° 29 mai 1963 G.P. 63,2,363.
(26) - Rouen 31 mai 1938, Rec. du Havre 1938,2,237.

son état d'origine" alors qu'il est entièrement reconstitué à partir d'éléments d'occasion (27). De même, l'acquéreur d'une machine pour laquelle un rendement a été garanti au cours d'une période d'essai a droit à ce résultat par l'usage normal de l'appareil (28). Mais rien ne s'oppose à ce que l'information soit tacite. Le juge déduit cette communication des circonstances de l'espèce : profession de l'acquéreur qui achète le produit pour son activité, déclarations verbales, examen renforcé de certaines particularités de l'objet...

Le juge apprécie, lui-même, le caractère anormal de l'usage et il convient de noter que l'usage dit normal est entendu très largement en jurisprudence. Cette attitude explique, dans les conditions générales de vente, la fréquence et l'utilité des clauses rappelant à l'acquéreur l'usage considéré par le fabricant (et accepté par l'acquéreur) comme normal et l'obligation conséquente de le prévenir de tout usage particulier. La norme devient donc conventionnelle. En réalité, l'aménagement de la garantie légale va bien plus loin constituant une véritable garantie particulière : la garantie conventionnelle des vices cachés.

§ 2 : Garantie conventionnelle et consentement de l'acheteur :

172 La garantie légale des vices cachés n'est, en effet, pas d'ordre public et les clauses dérogatoires sont, en principe, valables si elles sont suffisamment claires et précises. Seul, le dol ou la faute lourde de celui qui s'en prévaut met obstacle à leur exécution (29). Théoriquement, elles peuvent prendre deux formes : clauses extensives de la garantie légale ou clauses restrictives. La vie des affaires connaît plus fréquemment les secondes, aussi l'étude des premières est-elle brève.

(27) - Paris 1° décembre 1956 G.P. 56.1.176.
(28) - Paris 19 février 1924 G.P. 1924.1.650.
(29) - Cass. Soc. 11 juin 1942, D. 43 J. 135, note Flour.

A - Les clauses extensives de la garantie légale :

173 Isolées, elles sont rares. En effet, elles sont systématiquement englobées dans une garantie plus large prenant la forme d'une "assurance de bon fonctionnement" (notamment dans les secteurs de l'automobile et de l'électro ménager) (30). Cette garantie est plus vaste que la garantie légale par les avantages qu'elle accorde à son bénéficiaire. En fin de délai de validité, elle n'est pas remplacée, même si les conditions sont remplies, par la garantie légale. Sa validité juridique est certaine. La solution est conforme à l'esprit de la garantie légale qui doit constituer une garantie minimum, érigée dans l'intérêt exclusif de l'acquéreur. Sa renonciation expresse peut donc seule lui faire perdre ses droits.

Les fabricants présentent souvent à des acheteurs inexpérimentés d'alléchants bons ou certificats de garantie. Les avantages accordés sont, en réalité, souvent illusoires puisqu'ils sont limités ou compensés par des inconvénients plus graves : limitation quant à la durée de l'action, quant aux vices couverts, quant à la réparation offerte. Sous une présentation fallacieuse mais nullement interdite, ils constituent des clauses limitatives soumises par ce fait au régime de ces stipulations. La solution n'est guère satisfaisante pour l'acheteur dont le consentement est abusé. Cette pratique commerciale n'en reste pas moins courante.

B - Les clauses réduisant la garantie légale des vices cachés :

Leur validité est certaine mais une jurisprudence prétorienne a singulièrement atténué leur portée dans le domaine des affaires.

---

(30) - Par contre, la clause "en bon état de marche" n'a pas été interprétée comme extensive de garantie, à l'occasion de la vente d'une automobile : Cass. Civ. 18 décembre 1962 D. 1963,114.

1) La validité de principe des clauses restrictives de garantie :

174 Le vendeur, dispose l'article 1643 du code civil, "est tenu des vices cachés quand bien même il ne les aurait pas connus à moins que, dans ce cas, il n'ait stipulé qu'il ne sera obligé à aucune garantie". Les clauses supprimant ou limitant la garantie légale sont donc valables. Il n'existe d'exception de principe que pour la garantie des vices dont l'existence serait contraire à l'ordre public : vente de machines dont le vice fait courir un risque aux ouvriers (art. 66 L. II code du travail) ou ventes d'animaux atteints de maladies contagieuses (art. 240 du code rural). Les contractants ne se sont pas fait faute d'user de cette faculté et la variété des stipulations est grande (31) :

- acceptation par le vendeur des vices cachés ou apparents.

- limitation de la garantie dans le temps.

- limitation de la réparation à une partie du préjudice (remplacement des pièces défectueuses, exclusion des frais de transport...).

Il revient, en ce cas, au pouvoir souverain du juge d'apprécier si ces stipulations constituent réellement une limitation de la garantie légale (32). Leur validité suppose, selon les principes classiques, la réunion de deux conditions :

1) Leur acceptation expresse et non équivoque par l'acheteur qui renonce à un statut légal protecteur (33). La vente d'un objet d'occasion ne peut ainsi, comme on a voulu le prétendre, contenir une convention tacite de non garantie ; la jurisprudence, mettant fin à cette incertitude, l'affirme avec fermeté (34). Dans le même ordre d'idée, la clause de vente "en l'état où il se trouve" ne peut valoir décharge de garantie que pour les vices apparents (35).

---

(31) - Philippe Malinvaud, Pour ou contre la validité des clauses limitatives de garantie des vices cachés dans la vente, J.C.P. 75 Doct. 2690 ; plus spécialement, dans la vente de véhicules automobiles, Lévy, chron. préc ; Nguyen Thanh, th. préc. n° 756 p.210
(32) - Civ. 3° 11 octobre 1968 Bull. III n° 378 p. 289.
(33) - Cass. Civ. 28 avril 1971, D. 72, Som. 4.
(34) - Paris 24 février 1882 : D.P. 83,2,78 - S. 83,2,229.
(35) - Mazeaud par de Juglart, Principaux contrats n° 992.

La fréquence de ces stipulations dans les ventes commerciales est frappante. Malgré une régression actuelle, elles figurent sous la forme de contrats d'adhésion. Les clauses restent valables lorsque même elles constituent des clauses de style et leur validité n'est pas conditionnée par l'utilisation de termes sacramentels (36). Le juge fait, systématiquement, varier sa jurisprudence selon la qualité des contractants. Strict envers l'acheteur, dans une vente entre professionnels (37), il est amené à protéger bien plus spontanément le consommateur inexpérimenté. L'insertion de la clause de garantie au verso d'une facture, noyée parmi d'autres stipulations, ne peut faire présumer l'acceptation de l'acheteur (38). La seconde condition pose, par contre, des difficultés plus spécifiques au régime des vices cachés dans la vente commerciale.

2) L'absence de mauvaise foi du bénéficiaire de la clause : L'exigence est logique : un contractant ne peut être autorisé à se prévaloir de son propre dol. La validité de la clause est donc subordonnée à sa stipulation de bonne foi et suppose l'ignorance, lors de la vente, du vice par le vendeur (39). La jurisprudence applique strictement la condition de l'article 1643 au cas de connaissance réelle par le vendeur du vice (40). La solution s'impose, a fortiori, au cas de mauvaise foi caractérisée de tromperie tendant à dissimuler le vice (41). Le contenu de cette condition est considérablement réévalué par le sort réservé en jurisprudence au professionnel.

2) L'assimilation du vendeur professionnel au vendeur de mauvaise foi :

Le principe a été acquis très tôt, la jurisprudence en a accentué la force mais la recherche de son bien-fondé est nécessaire.

1) Le principe :

175 L'acheteur a la charge de la preuve de la connaissance

(36) - J.C.L. com. fasc. préc. n° 213.
(37) - Infra n° 414 s.
(38) - Com. 27 avril 1971 J.C.P. 72 II 17280, note Boitard et A.Rabut
(39) - J.C.L., fasc. préc. n° 215.
(40) - Com. 24 octobre 1961, G.P. 62,1,49.
(41) - Req. 30 décembre 1936 G.P. 1937,1,414.

éventuelle du vice par le vendeur. Dans les transactions commerciales, le juge facilite singulièrement sa tâche. Par une application discutable de l'assimilation, pour l'étendue de la réparation, du vendeur professionnel au vendeur de mauvaise foi, le magistrat considère le vendeur ou le fabricant professionnel comme ne pouvant ignorer l'existence du vice affectant le bien qu'il vend ou qu'il fabrique (42). De mauvaise foi, il ne peut s'exonérer du vice qu'il doit, de par sa profession, connaître. Le juge applique aux diverses clauses de garantie l'interdiction pour le vendeur de se prévaloir de son dol réel ou présumé.

Quels sont les professionnels concernés par cette jurisprudence ? Le domaine de la présomption est vaste puisqu'il englobe le fabricant, au premier chef (43), mais également, et sans grande distinction logique, les professionnels intervenus ultérieurement dans la chaîne de commercialisation : installateurs et surtout vendeurs (44), la force de la présomption étant identique pour chacun d'eux. Avant même de s'interroger sur le fondement de la présomption, cette assimilation paraît déjà arbitraire : comment le vendeur peut-il être présumé connaître tous les défauts d'une chose qu'il n'a pas fabriquée alors qu'il ne possède pas toujours les connaissances ou les moyens de vérification. La force de la présomption accentue cette impression gênante.

2) La force de la présomption pesant sur le professionnel :

176 Initialement conçue comme une présomption du fait de l'hom-

---

(42) - Jurisprudence abondante ; par exemple : Req. 5 juin 1929 G.P. 29,2,433 ; Com. 20 janvier 1970 J.C.P. 72 II 17280, 1° esp, obs. M. Boitard et A. Rabut ; Com. 3 décembre 1973 Bull. IV n° 350 ; Com. 29 janvier 1974 D. 74,268 ; Com. 7 février 1973 Bull. III n° 109 p. 78 ; Rouen 14 janvier 1972 D. 72 Som. 128 ; Doctrine : Malinvaud, La responsabilité civile du fabricant en droit français, G.P. 73,2,Doct. p. 463 s. ; Overstake, chron. préc. p. 503.

(43) - Com. 27 avril 1971 J.C.P. 72 II 17280 ; 15 mai 1972 Bull. IV n° 144 p. 143 ; 20 juillet 1973 Bull. IV n° 264 p. 236 ; 27 novembre 1973 Bull. IV n° 344 p. 307 ; 3 décembre 1973 Bull. IV n° 350 p. 313.

(44) - Com. 17 décembre 1973 G.P. 74,1, J.429, note A. Plancqueel

me, elle est susceptible de preuve contraire (45). Actuellement, il est certain que le vendeur professionnel est dans l'impossibilité de faire la preuve contraire de sa connaissance du vice. "Il importe peu, dit la Cour de Cassation (46), que le vendeur ait invoqué un document de nature à établir sa bonne foi", qu'il invoque "l'impossibilité de déceler le vice" (47) alors même que le produit serait nouveau et le vice susceptible de se révéler uniquement à l'usage (48).

La Cour Suprême, plus audacieuse, casse les décisions admettant la preuve contraire pour le vendeur ou le fabricant. Elle censure les décisions qui admettent le caractère réfragable de la présomption tout en affirmant que "tout fabricant est tenu de connaître les vices affectant la chose fabriquée"(49). Cette solution vaut également pour le vendeur professionnel (50). La présomption est actuellement reconnue comme une véritable règle de droit, "complément nécessaire" (51) de l'article 1645 du code civil. Cette jurisprudence prétorienne doit être appréciée dans son fondement.

3) Le fondement de l'assimilation :

177 On a d'abord pu songer à fonder la présomption sur la mauvaise foi du vendeur ou du fabricant. Le vendeur ne pouvant ignorer les vices de la chose "doit être assimilé au vendeur qui les connaissait" (52). Ce fondement, psychologiquement malheureux pour le professionnel, s'oppose à l'article 2268 du code civil et la rareté des décisions qui l'invoquent ne peut autoriser sa justification.

---

(45) - Req. 4 janvier 1859 D. 59,1,212 - S. 1859,1,936 ; Rennes 25 novembre 1955 G.P. 56,1,137 - D. 56 Som. 124 ; Civ. 4 février 1963 J.C.P. 63 II 13159 note R. Savatier - S. 1963,193 note Meurisse - R.D.Civ. 1963,564, obs. Cornu ; Malinvaud, J.C.P. 68 I 2153,n° 31.
(46) - Com. 27 novembre 1972 Bull. IV n° 282 p. 266.
(47) - Com. 15 novembre 1971 D. 72 J. 211.
(48) - Com. 27 novembre 1973 Bull. IV n° 344 p. 307.
(49) - Com. 27 avril 1971, préc.
(50) - Civ. 1° 21 novembre 1972, préc.
(51) - expression de M. Ghestin.
(52) - Cornu R.D.Civ. 1967 p. 406 ; Cf : Civ. 1° 8 novembre 1972 Bull. I n° 237 p. 206 ; 28 novembre 1966 D. 67 p. 99 ; Civ. 1° 17 mai 1965 Bull. I n° 324 ; 23 juin 1971 Bull. III n° 403 p. 286.

Beaucoup plus aisément, les auteurs ont voulu relever, en jurisprudence, une présomption de faute : le vendeur est "tenu de connaître les vices de la chose" (53). A ce titre, son ignorance ne peut que traduire son impéritie ou sa négligence. Deux raisons s'opposent à cette opinion :

- L'assimilation ne s'effectue pas à l'égard du seul fabricant mais également envers le vendeur professionnel. Or, il est difficile d'affirmer qu'il est intervenu dans la création du vice. Le vice, étant, par ailleurs, présumé connu par le fabricant, peut fort bien être inconnu pour le vendeur. Ses compétences techniques sont différentes de celles du fabricant et il est audacieux de présumer qu'il possède les mêmes capacités à découvrir le vice.

- A l'égard du vendeur, comme du fabricant, le juge interdit, ensuite, la preuve contraire du défaut de faute du professionnel. La Cour Suprême maintient cependant sa solution sans la tempérer. Il est donc nécessaire de préciser le fondement de la présomption.

La tendance jurisprudentielle relative aux vices cachés est révélatrice : il ne s'agit que d'un des aspects de l'évolution générale de la responsabilité civile, vers la responsabilité sans faute. L'acquéreur est digne de protection dès lors qu'il se trouve en situation économique déséquilibrée. Pour parvenir à un équilibre, le juge met à la charge du professionnel, présumé puissant et pécuniairement solvable, les risques objectifs de la vente. Cette évolution n'a été autorisée que par les solutions concernant l'obligation de sécurité du professionnel. La facilité du juge à admettre la présomption lors de dommages corporels ou d'usage de choses dangereuses s'explique de la sorte (54). Actuellement plus large, la jurisprudence consiste, en fait, à mettre à la charge du professionnel une obligation de résultat. Quelles que soient ses raisons, il ne peut être admis à ne pas livrer une chose en état d'usage normal. En conséquence :

---

(53) - Pour le vendeur : Com. 17 décembre 1973, préc ; 8 novembre 1972 préc. 1° décembre 1964 Bull. III n° 532 - pour le fabricant : Com. 3 décembre 1973 et 30 juillet 1973 préc.

(54) - Malinvaud, chron. préc. J.C.P. 75, Doct. 2690.

- Il doit être compétent en sa qualité de professionnel. La profession détermine seule les qualités objectives de sa compétence.

- Il ne peut servir à rien de l'autoriser à prouver son absence de mauvaise foi ou de faute.

- La chose doit être conforme à l'usage normalement envisagé par l'acquéreur. C'est le seul point positif de cette jurisprudence qui rattache ainsi la garantie des vices à l'obligation de délivrance.

178 En effet, cette jurisprudence prétorienne est trop aveugle, trop lourde pour le professionnel. Son iniquité vient essentiellement de son automatisme. Elle protège efficacement l'acquéreur qui peut être de mauvaise foi face à un vendeur désarmé. L'option jurisprudentielle correspond à l'ébauche du droit de la consommation. L'avis du Conseil Economique et Social du 14 mai 1975 (55) enregistre d'ailleurs cette évolution lorsqu'il souhaite sa consécration législative : "Il conviendrait notamment,énonce-t-il,de modifier les textes du code civil définissant les responsabilités réciproques de l'acheteur et du vendeur pour les mettre en harmonie avec la jurisprudence actuelle en ce qui concerne : la charge de la preuve en cas de vice caché,..." M. Malinvaud a parfaitement démontré l'excès de sévérité du juge (56). Les risques de dommages dus aux vices cachés sont souvent considérables au regard du prix des produits vendus. Le défaut d'une pièce maitresse peut immobiliser toute une usine. Par ailleurs, ajoute-t-il, l'assurance ne couvre pas tous les dommages, notamment ceux immatériels.

L'auteur propose une solution équilibrée "en maintenant la nullité des clauses limitatives pour les dommages causés aux personnes, mais en reconnaissant leur validité pour les dommages aux biens". La conception semble correspondre à un retour aux solutions de l'obligation de sécurité mais, en fait, la coïncidence n'est pas parfaite car l'obligation de sécurité est une notion plus vaste. Un moyen terme

---

(55) - J.O. avis et rapports du C.E.S. - 10 juin 1975 n° 10 p. 45.
(56) - Malinvaud, chron. Préc., n° 121 ; également : Jean Bigot, Plaidoyer pour les clauses limitatives de garantie et de responsabilité dans les contrats de vente et de fourniture entre professionnels - J.C.P. - C.I. 1976 II 11981.

équitable peut être trouvé dans une autre distinction. La présomption résulte d'un souci de protection de l'acquéreur faible ou inexpérimenté. Il suffit alors d'admettre la validité des clauses dans les ventes entre professionnels à égalité technique ou économique, tout en atténuant voire supprimant leurs effets dans les ventes opposant un professionnel expérimenté à un profane ou à un professionel plus faible.

179 Pour l'heure, la limitation de la présomption aux seuls rapports professionnel - profane, souhaitée des auteurs (57) et du praticien (58), n'est guère retenue en jurisprudence mais paraît constituer une orientation probable. En effet, par un arrêt du 8 octobre 1973, la Chambre commerciale (59) a admis la validité d'une clause de non garantie à l'occasion d'une vente conclue entre deux professionnels. En l'espèce, le sieur Lerondel, vendeur professionnel de véhicules d'occasion, avait vu annuler la vente d'un camion à dame Lizzul pour vice caché. Ayant acquis ledit véhicule de son vendeur, Dumange, "à ses risques et périls", Lerondel attaqua le vendeur en invoquant la présomption systématique de mauvaise foi du vendeur professionnel.

La Chambre commerciale admet la Cour d'Appel à constater que, si Dumange est bien vendeur professionnel de véhicules d'occasion, il en est de même de Lerondel, "qu'il s'agissait donc d'une vente entre professionnels de même qualité et que cette vente sans garantie avait été conclue par l'acquéreur professionnel en pleine conscience des risques qu'il acceptait de prendre à sa charge". M. Ghestin y voit l'annonce d'un revirement mais rappelle les conditions strictes de

---

(57) - Malinvaud, chron. préc. n° 25 s ; Boris Starck, Observations sur le régime juridique des clauses de non responsabilité ou limitatives de responsabilité, D. 74 n° 71 p. 164 ; Th. Ivainer, De l'ordre technique à l'ordre public technologique, J.C.P. 1972 n° 2495 n° 31 s, A. Plancqueel, note sous Com. 17 décembre 1973, note préc. (limitant la présomption au seul fabricant)

(58) Il s'agit des juristes d'entreprise car les services commerciaux, comme le rappelle M. Malinvaud (n° 26), restent systématiquement partisans des clauses limitatives dans les conditions de vente, attitude dont la rigueur explique la réaction du juge.

(59) - Com. 20 juillet 1973 Bull. IV n° 264 p. 236 ; Civ. 3° 7 février 1973 Bull. III n° 109 p. 78 ; Com. 8 octobre 1973 Bull. IV n° 272 p. 245. Certains voient toutefois dans cet arrêt, une simple application de l'article 1629 C.Civ.

cette atténuation :

- vente entre professionnels de la même spécialité
- acceptation en pleine conscience par l'acheteur du risque du vice
- absence de fraude du vendeur.

Cette proposition est un compromis qui, seul, répond à l'équité et aux nécessités commerciales. Elle permet de réajuster la théorie des vices cachés dans un sens plus orthodoxe. L'étude de son fondement conduit à la placer dans son contexte exact.

SECTION 2 - Les rapports de l'erreur avec la théorie des vices cachés.

Comment la théorie des vices cachés est-elle susceptible de s'intégrer à un système de protection du consentement ? Pour un acheteur déçu de la qualité du produit vendu, le droit français considère, au maximum, trois situations : soit vice du consentement, soit manquement par le vendeur à son obligation de délivrance, soit, enfin, vice caché. A priori, et toujours théoriquement, M. Alter (60) replace chronologiquement ces trois situations à trois moments du contrat : respectivement avant le contrat, lors de son exécution et tardivement, après l'exécution du contrat. Or, le choix correspondant, précise l'auteur, de la voie de droit (article 1110 ou 1184 ou 1641 du code civil) est capital car ses conséquences sont variables. Les conditions de délai varient selon l'action : bref en ce qui concerne la garantie des vices, quinquennal quant à l'action en nullité pour erreur, partant de la découverte de l'erreur ou pouvant être largement postérieur à la livraison pour la garantie de délivrance. La protection accordée varie également dans sa nature : annulation pour l'erreur ou option pour l'action en garantie. Par ailleurs, l'article 1110 ne limite pas, comme le fait l'article 1646, la réparation due par le vendeur de bonne foi au seul damnum emergens (la pratique, il est vrai, nuance beaucoup une délimitation aussi stricte notamment en ce qui concerne les

---

(60) - Alter, op. cit, p. 222.

différences de délai et, en toutes hypothèses, il est conseillé au demandeur d'agir rapidement afin d'éviter de créer un doute sur la réalité de la demande). Le critère de choix a été recherché par la doctrine et la jurisprudence mais leurs solutions ne sont pas homogènes. Une position exacte du problème s'impose.

§ 1 : Les solutions doctrinales et jurisprudentielles :

181 "Si la jurisprudence, dit M. Gross (61), a adopté purement et simplement la solution de facilité qui consiste à confondre les deux théories, la doctrine, au contraire, a discuté, très âpremement, la question". La situation apparaît exactement en termes d'appréciation du degré d'autonomie d'une notion par rapport à l'autre. La doctrine est très divisée car l'incertitude jurisprudentielle nuit à toute construction logique. Deux conceptions sont concevables : la séparation des deux concepts ou leur confusion.

A - La séparation des deux notions :

182 Elle est prônée par la majorité des auteurs (62) qui, M. Gross le souligne (63), ne s'accordent pas sur la portée de cette opposition. Quelqu'en soit le degré, les deux notions supposent une erreur : elle est subjective dans l'erreur sur la substance, alors que le vice caché est envisagé objectivement et économiquement. A l'appui de cette thèse, sont également rappelées les différences relatives aux conditions d'exercice, au régime et surtout aux effets de chacune des deux actions : ainsi, l'erreur entraîne-t-elle toujours la nullité du contrat alors que le vice ne peut avoir de conséquences sur l'acte juridique. Pour M. Gaudemet (64), l'erreur est également plus

(61) - Gross, op. cit, n° 65 p. 66.
(62) - Beudant par Brethe de la Gressaye, t. XI p. 98 ; Laurent, t. XXIV n° 278 ; Planiol et Ripert par Hamel, t. X, n° 126 ; Baudry-Lacantinerie et Saignat, n° 194.
(63) - Gross, op. cit., n° 66, p. 67.
(64) - Gaudemet, p. 336 ; également ; Beudant, Cours de droit civil, t. VIII, par G. Lagarde, n° 116 ; Planiol et Ripert, t. X, par Hamel ; Contra : G. de la Pradelle, J.C.P. 67 II 15193.

étroite que le vice car elle suppose que le contractant s'est trompé sur une qualité plus essentielle qui se rattache à la nature même de la chose. L'état d'esprit de l'acquéreur varie, enfin, dans l'une et l'autre hypothèse. M. Zirah (65) affirme que si la chose est impropre à ce qui est envisagé, il y a erreur. Par contre, si l'inaptitude vient d'une défectuosité imperceptible à l'acheteur, la défaillance ne vient pas de son imagination et l'article 1641 s'applique (en réalité, on a vu que le juge, dans les deux cas, pouvait admettre l'erreur). Face à cette argumentation, la conception inverse a été envisagée.

B - La confusion des deux notions :

183 Cette opinion recueille les faveurs d'une partie de la doctrine. La solution est d'une simplicité apparente : les deux concepts sont de même nature. L'article 1641 serait une application, au contrat de vente, de l'article 1110. Le vice caché consiste en une erreur déterminante et excusable sur l'aptitude de la chose vendue (66). Pourquoi, sur des espèces identiques, créer une différenciation injustifiée et arbitraire ? Le projet de loi uniforme dans ses articles 33 et 34 va d'ailleurs dans le sens de cette confusion.

Par delà l'argumentation théorique, l'idée de confusion des deux concepts bénéficie de l'appui jurisprudentiel. Plus qu'une volonté de créer un concept nouveau, issu d'une fusion originale entre l'erreur et la garantie, la jurisprudence, par une sorte de laisser-aller, ne cherche pas à distinguer les deux concepts. L'attitude de la Cour de Cassation est évidente : elle ne veut pas attacher d'importance à cette recherche (67). Il n'est pas étonnant de constater qu'à l'occasion d'espèces identiques, les fondements juridiques de la

---

(65) - Zirah in la vente commerciale de marchandises par Hamel p. 391.
(66) - Demogue, I, p. 428.
(67) - Civ. 1° 16 juin 1966, Bull. I, n° 374 p. 288 ; Com. 2 juillet 1968 Bull. IV n° 214 p. 190 et 2° arrêt n° 216 p. 198.

décision peuvent varier sans grand souci de raison : est condamné, sur le fondement de l'article 1641, le vendeur qui délivre du chanvre de Russie au lieu de chanvre de Tours (68), mais c'est l'article 1110 qui est invoqué lorsque des semences de betteraves fourragères sont livrées au lieu de semences de betteraves sucrières (69). La fréquente difficulté à séparer les deux notions est frappante dans certaines décisions. Le juge ou les parties les invoquent souvent simultanément sans aucun commentaire. L'incertitude résulte de la carence de la doctrine à dégager un critère précis de répartition du domaine de chaque notion ou même à situer les contours de la situation.

§ 2 : La position logique du problème :

184 Théoriquement, les deux notions sont séparées. L'erreur est un vice du consentement dont la sanction permet de réparer un défaut de jugement apprécié subjectivement. La garantie des vices cachés est une conséquence de l'obligation de délivrance. "C'est parce qu'il est tenu de délivrer la chose convenue, dit Mme Huet-Weiller (70), que le vendeur est tenu, du même coup, de livrer une chose qui ne comporte ni possibilité d'éviction, ni vice inconnu de l'acheteur". Il est nécessaire de conserver une certaine orthodoxie juridique. Deux textes distincts doivent concerner des notions distinctes. Il n'en reste pas moins qu'une parenté est, entre elles, indéniable. Aussi, convient-il d'abord de rechercher si le vice constitue une erreur substantielle au sens de l'article 1110 du code civil. Pour cela il doit répondre à trois conditions : être déterminant, excusable et commun.

un vice déterminant : l'erreur doit être déterminante et porter sur la substance de la chose. La jurisprudence a lié ces deux éléments en créant le concept de qualité substantielle. L'un et l'autre sont appréciés semblablement dans la notion d'erreur comme dans celle de

(68) - Req. 28 avril 1873, D. 73,1,470.
(69) - Civ. 11 octobre 1966, préc.
(70) - J.C.I. civ., Rep. Not., art 1641-49, fasc. X n° 2 p. 3.

vice caché. La substance est souvent conçue comme l'aptitude de la chose à réaliser la fin voulue par le contractant. Cette même condition figure expressément dans le texte de l'article 1641 du code civil. Le même article exige également le caractère déterminant de cette inaptitude qui, si elle avait été connue de l'acquéreur, l'aurait conduit à contracter à moindre prix ou à ne pas acheter. La jurisprudence, à l'aide de circonstances voisines, effectue une recherche psychologique identique.

- Vice excusable : les solutions relatives à la deuxième condition de l'erreur peuvent souvent s'appliquer au vice caché. Ainsi, le caractère caché du vice s'apprécie-t-il largement en tenant compte de l'attitude de l'acquéreur. La situation faite au professionnel est, à cet égard, fréquemment, identique dans chaque concept. La garantie se mérite ; le vice inconnu est celui, selon les espèces, qu'il est normal d'ignorer. D'ailleurs, fréquemment, le vice n'est pas apprécié objectivement mais en "valeur très relative".

- vice commun : si l'erreur doit être commune, la mauvaise foi n'est pas, de son côté, une condition de mise en oeuvre de la garantie, quand bien même son existence modifierait les effets de l'action fondée sur l'article 1641 du code civil.

185 La jurisprudence, certes hésitante, distingue toujours les deux actions (71). Un critère est donc nécessaire. Les décisions, particulièrement laconiques, n'en offrent pas. Quel peut-il être, si critère il y a ? Si on veut lier chaque notion au consentement, le principe est le suivant : l'erreur s'apprécie subjectivement et par référence au consentement individuel alors que la garantie a un contenu objectif et reste liée à l'exécution du contrat. Ce trait lui accorde, en principe, un caractère d'application automatique. En fait, chacune de ces remarques est à nuancer : l'erreur, fréquemment, s'objectivise. Le souci de stabilité contractuelle conduit à limiter, à atténuer le rattachement strict de l'erreur, source de nullité, au consentement. La condition d'erreur commune, l'exclusion de l'erreur

---

(71) - ex.: Civ. 1° 4 janvier 1960 Bull. I n° 4, p. 4.

sur les motifs, la notion de qualité normale de la chose dans l'opinion commune, l'appréciation in abstracto de l'influence de l'erreur sur la volonté, sont autant de manifestations de cette tendance. A l'inverse, la garantie, que l'on veut à tout prix caractériser par son contenu objectif, contient des éléments subjectifs. La prise en compte de la qualité professionnelle des parties et de leur attitude contractuelle traduit le souci jurisprudentiel d'apprécier de façon relative la notion de vice caché. M. Ghestin souligne, avec raison, cette prise en compte du comportement dans l'établissement de l'usage normal de la chose vendue (72). Les éléments subjectifs sont cependant moindres dans le régime de l'article 1641 que dans celui de 1110. La garantie ne suppose pas une erreur, par là-même, son contenu reste largement objectif.

186 Par ailleurs, le mouvement considérable d'extension du domaine de l'article 1110 a entraîné, conjointement, la création d'une zone confuse dans laquelle les deux concepts, par un phénomène d'inclusion, s'entremêlent et se confondent, au grand désespoir des auteurs. L'empirisme judiciaire s'est révélé le plus clairvoyant dans cette zone créant une notion hybride (73) empruntant tant à l'un et à l'autre de ses créateurs certains traits. L'obligation d'agir en garantie dans un bref délai en fournit l'exemple. L'article 1648 du code civil précise que "l'action résultant des vices rédhibitoires doit être intentée par l'acquéreur dans un bref délai suivant la nature des vices rédhibitoires et l'usage du lieu où la vente a été faite". Il est fréquent que l'acheteur déçu invoque simultanément l'erreur et le vice caché. Deux arrêts de la Cour de Cassation du 4 et 19 janvier 1960 (74), en séparant les deux actions, soulignent cette condition particulière de la garantie : le juge, dans cette situation, décide que la condition du bref délai s'applique également à l'erreur ; celle-ci ne peut donc être isolée lorsqu'elle résulte d'un vice caché.

---

(72) Ghestin, th. Préc, n° 281 p. 328.

(73) Civ. 1° 19 juillet 1960 Bull. I n° 408 p. 334 G.P. 60,2,217 R.D.Civ. 61,332 obs. Carbonnier T.G.I. Montbrison 24 juin 1964 J.C.P. 65 II 14093 note M.

(74) Bull. I n° 4, p. 4 et Bull. I n° 408, p. 334 préc.

Malgré tout, l'erreur n'absorbe pas le vice caché en son entier. La fixation de la zone d'inclusion, en l'état actuel de la jurisprudence, est-elle concevable ? La réponse à cette question dépend de l'évolution future de l'erreur sur l'aptitude.

187 La protection contre l'erreur se révélant lors de l'exécution du contrat résulte de deux grandes catégories de techniques juridiques : tout d'abord, la référence au produit et l'agrément de l'acheteur et, ensuite, la théorie des vices cachés. La première a l'avantage de la certitude et de la netteté juridique mais tend à devenir d'application relativement marginale alors que la seconde, bien moins fixée, présente l'avantage d'une utilisation fréquente. Cet effet résulte de l'effort d'adaptation judiciaire de la théorie des vices cachés pour le malheur, en contrepartie, de la doctrine, qui suit mal cette évolution parfois désordonnée. Par contre, cette recherche ne s'est pas faite pour certaines modalités de la vente, telle la vente à la dégustation. L'effort des professionnels, eux-mêmes poussés dans cette voie par les actions des acheteurs, permettra peut-être d'y remédier.

---

188 L'erreur est inhérente à la nature humaine. Le droit se doit de ne pas obliger un individu à agir manifestement à l'encontre de sa volonté. Cette tendance naturelle est freinée par la sauvegarde des intérêts légitimes d'autrui qui, à l'inverse, conduit à accorder une très grande valeur au principe de la force obligatoire du contrat. La vie des affaires, dans le cadre d'un contrat aussi fréquemment répété que celui de la vente commerciale,connait cette contradiction. Elle y ajoute ses propres impératifs tenant à la rapidité des transactions mais aussi à la sécurité et, de plus en plus, à la moralité des affaires. Cette sécurité doit exister tant pour la victime de l'erreur que pour le cocontractant, de bonne foi, de la victime.

La conciliation de ces données s'est effectuée aux dépens de la victime du vice du consentement par l'exclusion dans l'article 1110 de certaines formes d'erreurs mais, également, en sa faveur, par une conception très large de l'erreur admise. L'erreur, vice du consentement contient pourtant des limites irréductibles qui, malgré une utilisation relativement fréquente, n'en font pas l'instrument privilégié de protection contre l'erreur dans la vente commerciale.

Le recours à des techniques préventives du vice s'élargit nettement actuellement en prenant appui sur l'ancienne obligation de renseignement, que renouvelle la doctrine et que le législateur ou des émetteurs extra-légaux renforcent par le concept plus vaste d'information. Mais cette action se double nécessairement de techniques très proches de celle de l'article 1110 agissant lors de l'exécution du contrat, au moment de la révélation de l'erreur ; elles consistent à fixer exactement l'objet de la vente, donc à diminuer les risques d'erreur sur cet élément et à en réparer la réalisation.

L'ensemble forme un tout logique mais, le développement de l'information pré-contractuelle le démontre, ne permet pas la reconnaissance systématique d'un droit à l'erreur dans la vente commerciale. La sécurité juridique des affaires ne permet pas de sacrifier le contractant de bonne foi. Lorsque cette bonne foi disparaît, l'attitude législative et jurisprudentielle varie énormément puisqu'au vice de la victime s'ajoute la déloyauté de l'autre partie.

DEUXIEME PARTIE

LA PROTECTION CONTRE LA DELOYAUTE

DANS LA VENTE COMMERCIALE

189 "Le commerce, pour reprendre la formule de Colin et Capitant, ne va pas sans un certain art de tromperie". L'histoire démontre qu'à toute époque, cette remarque se vérifie ; d'ailleurs, le commerçant ne trompe pas, il est "habile". Il est,cependant,hors de question de jeter le discrédit sur l'ensemble d'une profession. Le public, connaissant cette caractéristique des professionnels, si tant est qu'elle soit générale, a le devoir de s'informer, d'être vigilant.

Cette attention ne suffit pas en toutes hypothèses : la subtilité des procédés commerciaux ne peut être systématiquement déjouée. Il en est ainsi lorsque la déloyauté dépasse un certain seuil. Par ailleurs, les considérations morales ne sont pas absentes de la législation commerciale. Objectivement, la déloyauté est, ici, définie comme toute atteinte de mauvaise foi à la morale des affaires. Le législateur révolutionnaire s'est attaché à cette moralisation générale des contrats -l'article 1134 du code civil en est la manifestation- sans,cependant, en fixer le contenu. Aucune exclusion de ce principe n'a été effectuée en faveur du droit commercial.

Le libéralisme économique et politique a singulièrement fixé la souplesse de la morale des affaires. Il en est résulté la création de ce que l'on peut appeler un "système classique" de protection contre la déloyauté, constitué des articles 1116 du code civil et 405

du code pénal. La vente commerciale faisant intervenir principalement deux éléments : une technique de vente et un produit, le législateur a jugé bon de renforcer le système classique par un contrôle de ces deux éléments. Cette législation peut se rattacher à la volonté de protection de l'intégrité du consentement.

TITRE I LE SYSTEME CLASSIQUE DE PROTECTION CONTRE LA DELOYAUTE DANS LA VENTE COMMERCIALE.

190 Le système dit classique subsiste actuellement et constitue le droit commun de la moralisation des affaires, tant par le poids de l'histoire que par sa généralité. Il se compose de deux éléments : le premier, au plan civil, est fondamental : le dol de l'article 1116 du code civil,vice du consentement réprimé en tant que délit civil. Le second est pénal : l'article 405 du code pénal poursuit, sous l'incrimination d'escroquerie, le dol pénal. Cette double action s'oriente vers la lutte contre l'auteur de déloyauté, mais la place réservée à la protection du consentement de la victime reste essentielle. C'est plutôt la valeur de ce système qui est, actuellement, à nuancer.

CHAPITRE I - LA PROTECTION CLASSIQUE CONTRE LE DOL DANS LA VENTE COMMERCIALE PAR L'ARTICLE 1116 DU CODE CIVIL.

191 Pothier définit le dol comme "toute espèce d'artifice dont quelqu'un se sert pour tromper autrui" (1). La définition, très large et recouvrant le sens courant du concept, est partiellement retenue par l'article 1116 du code civil qui dispose : "Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manoeuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manoeuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté". La protection contre la déloyauté paraît adhérer parfaitement au cadre légal, au mieux des intérêts de la victime. De son point de vue, le dol doit être défini différemment comme une erreur provoquée ; l'utilisation de la notion d'erreur surprend alors immédiatement : quelle est l'utilité d'un texte spécifique alors que, du point de vue consensualiste, il y a erreur au même titre que pour l'article 1110 du code civil ? En d'autres termes, quelle est l'utilité d'un texte spécifique à l'erreur non spontanée ? De fait, les deux concepts ont parfois été assimilés : le dol ne peut être conçu sans l'erreur puisque cette dernière est nécessairement constitutive de la tromperie. Ensuite ., les développements ultérieurs le démontreront, un second argument peut être tiré de l'extension considérable de l'erreur sur la substance. Le concept d'erreur substantielle devient de moins en moins "exigeant", parallèlement, les conditions délictuelles du dol s'atténuent au profit de son aspect de vice du consentement, l'erreur spontanée rejoint et se confond parfois avec l'erreur provoquée. Des décisions sont invoquées à l'appui de cette thèse (2) ; elle ne peut, malgré tout, être défendue telle quelle. Dans ces espèces, le juge fonde, en fait, sa décision sur une cause générale unique : le vice du consentement dont, indubitablement, l'er

---

(1) - Pothier - Labeo 1 § 2 D - de dolo malo IV - 3.
(2) - Voir jurisprudence citée in Yvette Fabre, op. cit.

ticle 1116 assure la sanction. La cause de l'action du dol, de par cette parenté, est identique à celle de l'action fondée sur l'erreur (3).

Auteurs et juges sont réellement attachés à la distinction. Elle résulte,avant tout,de l'état d'esprit que suppose le dol chez son auteur : l'erreur étant provoquée suppose une cause frauduleuse. Face à ces facteurs sociologiques, le droit ne peut rester neutre. Si les considérations morales sont primordiales dans l'attitude du juge face à l'erreur de l'article 1110 du code civil, il en est de même, a fortiori, dans l'étude du dol, quand bien même l'article 1116 du code civil tairait cet aspect délictuel du vice. La double nature du dol le caractérise donc. Historiquement, le concept est passé de l'idée de délit à celle de vice du consentement mais, le premier aspect n'ayant jamais disparu, le dol, notion originale, s'est maintenu. La fraude dans la conclusion du contrat reste, pour l'essentiel, la cause d'un vice du consentement mais le dol-délit civil interfère souvent. Le consensualisme, attaché à la recherche de la volonté réelle, impose de ne considérer que l'atteinte au consentement, donc l'erreur, mais l'annulation du contrat sur la base de l'article 1116 du code civil est toujours admise comme une sanction, la sanction d'une déloyauté.

Erreur provoquée, le dol conserve pourtant, par rapport à l'erreur simple, une utilité certaine, justifiant ainsi la nécessité de la distinction,en dehors même de considérations purement didactiques :

. l'erreur qui constitue le dol est toujours une cause de nullité de la convention quel que soit son objet, dès lors qu'elle remplit les conditions de l'article 1116 du code civil, c'est-à-dire avoir déterminé le consentement de celui qui s'oblige. "Le domaine de l'erreur provoquée, du dol, est illimité" (4). Le juge ne se fait pas faute d'user de cette possibilité, atteignant ainsi, à l'inverse de l'erreur

---

(3) - Cass. Civ. 5 novembre 1900 D. 1901,1,71 ; Civ. I 28 octobre 1964 Bull. Civ. I n° 477 p. 369 ; H.L.J. Mazeaud, op. cit., t. II, n° 198.

(4) - Mazeaud, op. cit., n° 188, p. 135.

simple, l'erreur sur les simples motifs, l'erreur sur la solvabilité ou sur la valeur (5).

. Le dol, est-il dit, s'extériorise plus facilement que l'erreur simple, il est donc plus aisé à démontrer. La valeur de cette remarque, il est vrai, n'est pas absolue, face à l'habileté des fraudeurs, face aux formes de plus en plus subtiles de tromperies commerciales. Aussi, la relativité de la sanction est-elle, d'ores et déjà, à noter.

192 La situation de l'article 1116 du code civil quant à l'atteinte au consentement, est intermédiaire. Sa sanction permet la protection directe de la victime et le juge recherche alors l'influence de l'erreur sur le consentement. Cette étude renvoie largement aux développements relatifs à l'erreur simple car, de ce premier aspect, l'identité des deux concepts est certaine. Mais, la sauvegarde de la victime est largement assurée de manière indirecte : son fondement le démontre, l'essentiel du régime juridique du dol consiste à atteindre la déloyauté de son auteur. La protection contre l'erreur s'effectue, avant tout, par la sanction de la faute de l'auteur du dol, sanction qui, par ricochet, protège la victime. A cet égard, un souci de précision terminologique, révélateur quant au fond du droit, impose une distinction connue : le dol n'est pas le vice du consentement mais la manoeuvre frauduleuse qui a engendré le vice. Il est vrai que la pratique ne fait pas cette différence. La séparation dol-erreur, contenue dans le concept de l'article 1116, s'impose à la pratique judiciaire et agit sur l'étendue de la protection accordée. Certains éléments favorisent la protection du consentement (Section 1), alors que d'autres, d'origine légale, paraissent la limiter (Section 2). Cette séparation non absolue doit, chaque fois, être nuancée mais il convient de noter qu'elle ne coïncide pas avec la double nature du dol.

---

(5) - Civ. 5 août 1874 ; D. 75,1,105.

SECTION 1 - Les éléments du dol de l'article 1116 du code civil favorisant la protection du consentement.

193 L'annulabilité de la convention atteinte de dol suppose, entre autres, la réunion de trois conditions : une erreur déterminante de la victime, l'accomplissement de manoeuvres trompeuses par l'auteur du dol et, enfin, le caractère illicite du dol lui-même. Cette triple exigence constitue, a priori, une barrière légale à la sanction de l'erreur provoquée. Mais, il doit être rappelé que, la sécurité du commerce et l'équité l'imposent, toute erreur ne peut être sanctionnée. Pour cette raison, la loi pose ces conditions. C'est l'attitude du juge, favorable à la victime, qui permet de les qualifier d'exigences bénéfiques à la protection du consentement puisque le magistrat les interprète avec souplesse, en faveur du contractant trompé.

§ 1 : L'appréciation du caractère déterminant de l'erreur provoquée :

194 Par un premier aspect de son régime, le dol de l'article 1116 du code civil apparaît comme un élément éminent de la protection du consentement. Sa mise en oeuvre exige une erreur. Comme dans le cadre de l'article 1110 du code civil, et parce que le dol crée une erreur, le vice de la volonté est identique dans les deux situations. De même, la mise en oeuvre de la sanction du dol exige le caractère déterminant de l'erreur. "Sans ces manoeuvres, précise le texte, l'autre partie n'aurait pas contracté". L'adhésion au contrat résulte d'une méprise pour laquelle valent les remarques de l'erreur simple. Le caractère déterminant du dol est, par contre, plus spécifique. Une certaine doctrine a voulu nuancer l'exigence légale en distinguant le dol principal et le dol incident. La jurisprudence, par une recherche de l'état d'esprit de la victime, suit une solution juridiquement plus orthodoxe.

A - La distinction du dol principal et du dol incident :

195 Constitue le dol principal celui qui détermine sa victime à la conclusion du contrat ; il est seul susceptible de remplir les conditions d'annulabilité de la convention. Par opposition, le dol incident ne conduit pas le contractant à contracter mais, simplement, à conclure l'acte à des conditions qui sont, pour lui, moins avantageuses. Cette distinction doit être précisée : le dol incident peut, plus largement, ne concerner que des clauses accessoires du contrat. Il ne doit alors pas être confondu avec le dol divisible portant sur une clause du contrat, seule visée par la demande de nullité (6). Quelles sont les conséquences résultant de cette opposition ? Alors que le dol principal entraîne l'annulabilité du contrat, la victime du dol incident ne peut prétendre qu'à des dommages-intérêts, l'acte lésionnaire étant maintenu. Une partie de la doctrine classique soutient cette distinction qui paraît aller dans le sens d'une meilleure protection du consentement. Dans les principes, en effet, l'erreur doit être réparée dans ses effets précis puisque l'application de la théorie des vices du consentement ne constitue pas la sanction d'une faute mais, toujours dans la théorie, la réparation d'un défaut de consentement. Si l'erreur atteint l'acte de conclusion, l'adhésion au contrat, la convention tombe toute entière. Par contre, si l'erreur consiste non pas à adhérer, alors que le consentement ne devait pas être donné, mais plutôt à accepter (en connaissance de cause) différemment, l'acte est maintenu.

196 La distinction, fort spécieuse, a parfois obtenu les faveurs du juge (7), il n'est pas certain que les arguments développés

---

(6) - Pour une clause de juridiction dans un contrat : Cass. Req. 30 avril 1902 D.P. 1902,1,288 ; Sur la distinction : Aubry et Rau, 6° éd., t. IV par Bartin § 343 bis textes et notes 21-22 ; Beudant 2° éd. t. VIII par Lagarde ; Ph. Malaurie J.C.L. civ. art. 1116 n° 23-24 ; Colin et Capitant, Traité de droit civil, t. 2, p. 365 n° 663 ; Carbonnier, Obligations, n° 103, p. 353.

(7) - Req. 14 juillet 1862 D.P. 62,1,429- S. 62,1,849 ; 17 janvier 1911 S. 1912,1,518 ; 17 octobre 1934 D.H. 1934,522 ; Civ. 15 février 1898 D. 98,1,92.

y aient contribué : le magistrat a, le plus généralement, préféré stabiliser les relations contractuelles, en présence de motifs légers d'annulation. La proposition doctrinale est, en effet, critiquable. Au plan juridique, elle est appuyée en invoquant le texte de l'article 1116 du code civil. Certes, sans le dol, "l'autre partie n'aurait pas contracté" mais, accepter l'acte à des conditions différentes revient à ne pas contracter puisque l'acte originel, et qui a été réellement voulu, n'a jamais eu lieu. L'exclusion du concept de dol incident se justifie a fortiori en matière de prix, élément essentiel du contrat. La fixation du prix, souligne M. Ghestin (8), ne peut s'analyser comme l'objet éventuel d'un dol incident car il est impossible de considérer cet élément comme non déterminant. La solution inverse serait injuste et psychologiquement inexacte. De manière générale, il peut très bien être démontré que le dol incident est aussi déterminant que le dol principal (9) car, dans la pratique, la distinction est délicate, sinon impossible, à effectuer.

La tendance jurisprudentielle actuelle à écarter la distinction du dol principal et du dol incident ne saurait donc étonner. La Cour de Cassation, le 22 décembre 1954 (10), a, très clairement, été en ce sens. Le mot "principal" signifiant déterminant pour la volonté concrète, cette terminologie n'empêche pas certaines juridictions de prononcer la nullité pour un dol qui aurait été qualifié d'incident (11). Un argument textuel peut, a contrario, être avancé, dans le cadre précis de la vente : les articles 1641 et 1644 du code civil autorisant la victime, si elle souhaite le maintien du contrat, à ne demander, comme sanction d'un dol principal, que la réduction du prix ou une indemnité. Pourquoi réserver cette hypothèse au dol incident ? Essentiellement animée de considérations de protection individuelle, cette jurisprudence comporte, par ailleurs, des objectifs sanctionnateurs qui ne peuvent être ignorés. Cet aspect consiste dans la volon-

---

(8) - Ghestin, Encycl. Civ, V° Dol.

(9) - Ripert et Boulanger, Traité de droit civil, t. II, n° 185 ; Planiol et Ripert t. VI par Esmein, 2° éd. n° 207 ; Boulanger Encycl. Civ, V° Dol, n° 24.

(10) - Civ. 1° 22 décembre 1954, D. 55, 254 ; conf. Civ. Com. 14 mars 1972, D. 72, 653.

(11) Stark, op. cit, n° 1368, p. 427.

té de sanctionner la déloyauté commise. Le magistrat, malgré tout, ne peut aller, comme le souhaite M. Bonassies (12), jusqu'à assimiler le dol lui-même à la déloyauté, à l'atteinte à la bonne foi, sans tenir compte de l'erreur. En réalité, cette interférence explique, comme le souligne Ripert (13), que le rejet du dol incident corresponde à l'approfondissement de l'examen judiciaire de l'acte frauduleux aux dépens de celui du consentement. L'inconvénient, si l'on se place du strict point de vue consensuel, est théorique : la recherche psychologique est effectuée par la jurisprudence qui assimile dol incident à dol déterminant lato sensu.

B - L'appréciation jurisprudentielle du caractère déterminant du dol dans la vente commerciale :

197 Fixant l'influence du dol sur le consentement, le juge effectue une recherche subjective de l'intention de la victime, intention qu'il envisage in concreto (14). Il doit être rappelé que l'erreur simple, de l'article 1110 du code civil, est appréciée in concreto, s'il est prouvé que le cocontractant connaissait l'influence de l'erreur sur le consentement de la victime. MM. Mazeaud peuvent donc affirmer (15) qu'a fortiori l'appréciation in concreto est retenue à l'occasion d'un dol : "L'auteur du dol, comme l'escroc, choisit une dupe particulièrement naïve, il dose les manoeuvres et mensonges d'après le degré d'intelligence qu'il suppose chez sa victime ; ce sont les personnes les plus faibles, les moins expérimentées qui doivent être les mieux défendues. "L'appréciation est une question de fait laissée à l'entier pouvoir du juge. Ce dernier n'ayant pas hésité à opter pour l'appréciation in concreto, une série de critères permet, comme pour l'erreur simple, de cerner l'influence de l'erreur née du dol sur le contrat de vente. Les critères, qui se cumulent parfois, sont tantôt en faveur de la victime, tantôt en sa défaveur. Deux situations sont

(12) - Bonassies, op. cit, p. 437.
(13) - La règle morale, n° 49, p. 93.
(14) - Com. 19 décembre 1961, D. 62, J. 240.
(15) - Mazeaud, op. cit, n° 195, p. 164.

retenues, individuellement ou par faisceau, afin de permettre la fixation judiciaire du caractère déterminant du vice :

1) La naïveté de la victime et son défaut d'instruction :

198 A priori, la naïveté du contractant et son défaut d'instruction lui sont favorables, dans l'action née du dol tout au moins. Une abondante jurisprudence, actuellement dépassée, s'est formée au sujet de la vente à monopole. Ce contrat consiste à placer, à des prix excessifs, des produits d'une valeur minime ou des produits inefficaces, en faisant croire à des commerçants naïfs ou ignorants qu'il s'agit d'un contrat de dépôt et non d'une vente ferme (16). De même, l'affirmation, en vue de la vente d'un immeuble, de pouvoirs surnaturels a été admise comme déterminant le consentement de victimes "particulièrement ignorantes"(17). Est également dolosif le fait pour les agents commerciaux d'un éditeur de se présenter chez des instituteurs, afin de profiter de leur naïveté, pour leur faire souscrire des achats d'ouvrages, en leur promettant la bonne appréciation de leurs supérieurs (18)...

Mais, ces mêmes considérations peuvent, en sens inverse, faire apprécier défavorablement le dol de la victime. L'étude du dolus bonus traduit une manifestation de cette tendance et consiste à ajouter la condition d'excusabilité de l'erreur du contractant. De plus le défaut de crédulité et de faiblesse prétendue interdit au juge de présumer l'atteinte au consentement (19). Plus largement, le juge tient compte de la faculté de bon sens de tout individu, "qualité du monde la mieux répandue" dit Descartes. En conséquence, en présence même de manoeuvres prouvées, si l'adhésion contractuelle résulte de la légèreté ou de l'imprudence de l'acquéreur, le dol n'est pas sanctionné. Ainsi, en a notamment décidé la Cour de Cassation (20) qui donne raison à

---

(16) - Charles Sauvage, jurisprudence citée in J.C.L. com., Ventes com. fasc. VIII, Vices du consentement n° 122 s.
(17) - Civ. 1° 25 juillet 1965 Bull. I n° 495, p. 422.
(18) - Civ. 21 juillet 1886, S. 87,1,316.
(19) - J.C.L. com., fascicule préc. n° 92.
(20) - Civ. 1° 26 novembre 1962, Bull. I n° 502, p. 427.

une Cour d'Appel refusant de reconnaître un caractère dolosif au comportement d'un associé d'une S.A.R.L. Ce dernier cède ses parts en connaissant le dépôt prochain de bilan de la société alors que le cessionnaire a eu tout loisir d'examiner les documents de la société. Cette appréciation ne revient pas à opter pour une appréciation in abstracto (par référence au bon sens) mais, à introduire, dans un souci de stabilité et d'équité, la condition d'excusabilité dans le régime du dol.

2) La situation professionnelle des contractants :

199 Comme au cas d'une erreur simple, le juge admet d'autant plus aisément le caractère déterminant du dol qu'il a affaire à un contractant en situation d'acquéreur inexpérimenté face à un professionnel de la vente, et a fortiori s'il est spécialiste de la transaction. Constitue ainsi une manoeuvre dolosive le fait, pour un vendeur de tableaux désirant mettre en confiance un acheteur profane afin de lui vendre une toile à six fois sa valeur réelle, de faire état de ses titres de critique et d'expert artistique (21). L'appréciation du caractère déterminant du dol est toujours relative. Si la disproportion des connaissances, réelles ou présumées, s'accroît entre les cocontractants, la réalisation de la présente condition du dol est plus aisément admise par le juge. Dans les hypothèses très fréquentes de transactions réalisées par un vendeur professionnel, le garagiste, face à un acquéreur particulier, le juge ne se fait pas faute de relever la qualité de "vendeur professionnel et averti" du contractant (22).

La situation contractuelle inverse, c'est-à-dire l'existence d'une victime disposant de connaissances techniques ou professionnelles, face éventuellement, mais ce n'est plus obligatoire, à l'auteur inexpérimenté du dol, vaut, comme précédemment, exclusion du caractère déterminant du dol. La première chambre civile de la Cour Suprême a ainsi pu déclarer, le 27 juin 1973 (23), le professionnel responsable de sa légèreté. En l'occurrence, lors de la vente d'un

---

(21) - Paris 22 janvier 1953 G.P. 53,1,137 - J.C.P. 53 II 7435 note JM.
(22) - Rouen 21 mai 1965 inédit ; Com. 29 mai 1973, préc.
(23) - Civ. 1° 27 juin 1973 D. 73 IR 204 - Bull. I n° 221, p. 196.

camion semi-remorque, le vendeur certifie, par écrit, qu'il est de marque "Latil" alors que l'appellation ne se rapporte qu'au chassis. L'acquéreur se voit refuser d'invoquer le dol au motif que, étant professionnel du transport, il ne peut ignorer qu'il n'existe pas de semi-remorque Latil.

200 La jurisprudence relève systématiquement ces deux séries de faits lorsque l'occasion s'en présente, afin de conforter la décision. Aucune difficulté n'apparaît, cependant, lorsque l'intention prouvée de la victime a été clairement exprimée : le caractère déterminant du dol est établi ipso facto, au même titre que pour l'erreur simple de l'article 1110 du code civil. L'appréciation jurisprudentielle de l'intention de la victime est logique lorsqu'elle s'effectue en sa faveur. En sens inverse, elle revient à introduire, en refusant à la victime du vice l'application de l'article 1116 du code civil, la condition d'excusabilité de l'erreur qui figure avec certitude dans le régime de l'article 1110 du code civil. La condition morale n'existe que si les manoeuvres de l'auteur du dol ne sont pas trop caractérisées, face à cette faute, sinon, la décision défavorable à la victime choquerait par trop l'équité. Quoi qu'il en soit, cette exigence, peu évoquée par la doctrine, est un instrument certain de moralisation contractuelle qui, au plan des principes, reste contraire à l'idée de vice du consentement. Il est vrai que la faveur générale du juge envers la victime réapparaît à l'étude d'une des autres conditions de l'article 1116 du code civil : l'exigence d'une erreur provoquée.

§ 2 : L'exigence d'une erreur provoquée :

201 Le dol, vice du consentement, se définit exclusivement comme consistant, à l'aide de manoeuvres précises, à créer, dans l'esprit du contractant, une erreur le déterminant au contrat. L'aspect délictuel réapparaît de manière aigüe puisque cette condition s'attache aux actes de l'auteur du dol et non à la psychologie de la victime. La protection du consentement n'est, malgré cela, pas absente car le juge, dans un souci évident de sauvegarde de la victime, adopte une conception souple de la notion de manoeuvre. "Par manoeuvre, il faut

entendre toute manière d'agir susceptible de tromper le contractant ayant un caractère anormal, immoral ou déloyal. Le dol vicie le contrat lorsqu'on peut le qualifier de dolus malus, par opposition au dolus bonus suivant une distinction que faisait déjà le droit romain" (24). Cette distinction est essentielle, dans la vie commerciale, puisqu'elle détermine, sous réserve de l'application d'autres textes légaux, le champ d'action du commerçant et, parallèlement, la protection du contractant. Le critère du dolus bonus doit être fixé afin, ensuite, d'établir le domaine actuel de ce concept.

A - Le critère du dolus bonus :

02 L'importance matérielle des manoeuvres considérées ne peut servir d'échelle de référence à la licéité de l'acte. Le dol se réfère, avant tout à l'état d'esprit de son auteur : la mauvaise foi peut être flagrante à l'occasion de la simple réticence sur un fait dont le vendeur a conscience que l'acheteur a intérêt à connaître (25). Inversement, une négligence peut s'extérioriser sans aucune proportion avec l'intention du contractant négligent. Tout au plus, ces circonstances peuvent-elles concourir à fixer une présomption en faveur ou à l'encontre du contractant mais celle-ci doit être confirmée par d'autres faits.

L'aspect anormal de la "machination" fixe la liberté du commerçant. L'ancien terme de Servius Sulpicius (26) est, à cet égard, plus évocateur que l'expression "manoeuvre dolosive". Mais, la délimitation du normal et de l'anormal n'est pas simple. Les expressions doctrinales traduisent cette incertitude. Domat dit des cas de bon dol que "ce ne sont que des finesses dont l'acheteur puisse se défendre et dont la vente ne dépende pas". De leur côté, MM. Mazeaud limitent le dolus bonus à ce qui "ne dépasse pas ce qui est toléré par le droit positif" (27), ce qui n'est guère plus précis. Pour M. Gaudemet, le dolus malus consiste en "toute manière d'agir ayant

---

(24) - Gaudemet, op. cit. n° 134, p. 125.
(25) - ex : Com. 10 juin 1960 Bull. III n° 224, p. 207.
(26) - Digeste IV n° 3 - 1 - 2.
(27) - Mazeaud, op. cit. n° 191.

un caractère anormal, immoral ou déloyal" (28), enfin, M. Malaurie estime, quant à lui, que le dolus bonus est exclusif de toute intention de tromper (29)... Cette variété ne saurait étonner ; le concept de dolus bonus est nécessairement vague puisqu'il dépend essentiellement des habitudes du commerce. Au plan des principes, cependant, son domaine ne doit pas être conçu comme trop restrictif. Il est théoriquement général et peut s'appliquer à toute manoeuvre. Une certaine doctrine veut le limiter à la réticence et, de fait, les hypothèses les plus fréquentes de dol toléré se retrouvent en cette catégorie. Il n'y a pas confusion et les travaux de la Commission de réforme du code civil (30) ont, s'il en faut, souligné cette erreur. Le poids de l'histoire et des usages permet de situer le dolus bonus. Colin et Capitant soulignent bien le côté sociologique de cette notion lorsqu'ils disent (31) que "le commerce ne va pas sans un certain art de tromperie qui n'est qu'une habileté permise". L'explication peut être rendue juridique : ce sont les usages qui introduisent dans le droit la notion de dolus bonus, exorbitante de la théorie des vices du consentement. Cette source du droit en fixe les éléments (32).

Quelle que soit la machination, positive ou passive, le dolus bonus étant un dol suppose une intention de tromper. L'acheteur est victime d'une erreur de jugement qui le détermine au contrat. Les conditions de base du dol sont remplies mais, l'expression est parlante, il y a "dol toléré", sorte de fait justificatif accordé aux professionnels par les usages, face aux exigences des affaires et de la concurrence. Le juge cherche, avant tout, si le commerçant n'a pas, dit la Cour de Cassation (33), "nettement dépassé l'habileté permise à tout vendeur".

203 L'opportunité de cette tolérance est très discutable. Deux raisons conduisent à sa condamnation de principe :

---

(28) - Gaudemet, op. cit.
(29) - Malaurie, J.C.L. notarial n° 5, p. 2.
(30) - Travaux 1947-48, p. 183 et note Loussouarn préc.
(31) - Colin et Capitant, op. cit, n° 142.
(32) - Stark, op. cit, n° 1364.
(33) - Civ. 1° 1° février 1960 Bull. n° 62.

- la délimitation du bon et du mauvais dol est plus que délicate. Est dolosive la présentation sous qualification de laine et de rayonne d'un tissu ne contenant que de la rayonne (34), alors que l'acheteur déçu d'un produit présenté comme "inusable" se verra refuser tout recours (35) (le terme inusable peut difficilement, au même titre que la laine, ne pas être considéré comme une qualité intrinsèque et objective du produit).

- Concevable dans les ventes entre professionnels, à égalité technique et économique, obligés à une constante surveillance de leurs intérêts et en possèdant les moyens techniques, la distinction ne se justifie pas à l'égard d'un acquéreur profane ou d'un professionnel non spécialisé dans l'objet de la vente.

204 Les moeurs commerciales actuelles interdisent la suppression du dolus bonus. Le dol reste donc toléré dans de nombreuses hypothèses mais, une heureuse tendance actuelle de la jurisprudence à la réduction de son domaine est à noter. M. Loussouarn qui relève le souci du juge de limiter les hypothèses de dolus bonus y voit un aspect de la moralisation des relations commerciales (36) ; la considération plus précise de l'intégrité du consentement n'y est pas, non plus, étrangère. Cette jurisprudence apparaît à l'étude, notamment, du mensonge dolosif mais des remarques préalables générales à toutes manoeuvres, permettent de préciser la normalité des actes dolosifs :

1) Le dol n'est toléré que s'il ne dépasse pas ce qui est habituel dans la profession mais cette limite varie selon la profession elle-même : elle est plus souple pour un simple camelot que pour un professionnel établi, notamment s'il figure sur une liste d'experts.

2) - L'admission du dolus bonus est très relative. Elle s'apprécie compte tenu de l'attitude de la victime. Le juge admet moins aisément le dol toléré, si la victime, compte tenu de ses connaissances réelles ou présumées, a la possibilité de le déjouer. "C'est à l'acheteur,

---

(34) - Crim. 26 juin 1958, J.C.P. 58 II 10791.
(35) - J.C.L. com. op. cit. n° 131 s.
(36) - Loussouarn, R.D.Civ. 1971, p. 389 et 40.

déclare la Cour de Riom (37), de savoir s'en défendre pour ne pas en devenir la dupe trop facile".

3) La jurisprudence actuelle s'oriente vers la recherche, cas par cas, d'une éventuelle confiance légitime entre cocontractants, compte tenu de leurs situations respectives, de leurs relations d'affaires,... Le dol est admis dès lors que le contractant est intentionnellement déçu de la bonne foi sur laquelle il peut compter.

En fait, il n'y a pas de critère fixe et préétabli du bon dol mais une série de circonstances qui en fixent le contenu. La jurisprudence les applique souvent à la vente commerciale.

B - L'application du critère du dolus bonus à la vente commerciale :

205 Le dol crée une erreur, "suggère un mobile fallacieux et erroné" (38), mais cette erreur n'est pas spontanée. L'article 1116 du code civil parle de manoeuvres et ce sont les actes positifs qui viennent immédiatement à l'esprit. Le juge y englobe également des actes plus passifs tel le mensonge ou, même, la réticence. Cette souplesse explique que l'exigence de la manoeuvre, telle que l'entend le juge, finit par ne plus être un obstacle à la protection du consentement.

1) Les manoeuvres positives :

206 Le terme doit s'entendre très largement. En se référant au critère du dolus bonus, il est permis de dire que constitue une manoeuvre dolosive tout acte qui dépasse les usages loyaux et normaux du commerce. Constitue ainsi le dol de fait de présenter à l'acheteur une lettre mensongère donnant à l'objet vendu une valeur supérieure (39), de faire état de ses titres de critique et d'expert en tableau

(37) - A l'occasion d'une vente de bois sur pied : T.G.I. Avesnes 5 février 1964 G.P. 64,1,421.
(38) - Josserand, Mobiles, n° 91.
(39) - Cass. Req. 9 novembre 1910, D. 1910,1,528.

pour convaincre l'acquéreur d'acheter des toiles à six fois leur valeur réelle (40), de faire figurer dans la description technique d'une voiture d'occasion des mentions inexactes, tout en dissimulant les défauts du véhicule (41)... A l'inverse, il n'y a pas manoeuvre dolosive par promesse résultant d'affiches ou de prospectus financiers que la jurisprudence ne considère pas comme l'expression de la vérité (42); assez curieusement, les hypothèses de manoeuvres positives sont rares dans la vie des affaires. Le commerçant désireux de tromper l'acquéreur connaît les arcanes légaux et, surtout, pressent l'absence d'excuses pour ces actes. Il choisit donc des formes de tromperie plus insidieuses. Cette prudence se renforce de la puissance d'intimidation du droit pénal : les rapports du dol civil et du dol criminel sont ici fréquents. Il suffit pour l'instant de préciser que toute manoeuvre constitutive d'escroquerie forme le dol civil dès lors qu'elle détermine au contrat : l'article 405 du code pénal invoquant l'usage de faux noms, de fausses qualités ou de manoeuvres frauduleuses est susceptible de posséder un champ d'action commun avec l'article 1116 du code civil. Mais l'inverse n'est pas exact puisque le dol civil est plus large que le dol criminel. Ce débordement apparaît à l'étude de manoeuvres plus passives.

2) Le mensonge dolosif :

207 Sans difficulté majeure, la jurisprudence a admis qu'il pouvait s'agir d'une manoeuvre dolosive (43). La machination s'extériorise moins, se caractérise moins que la manoeuvre positive. Le dolus bonus y est admis plus aisément puisque la passivité apparaît comme un acte moins agressif de l'intégrité du consentement. Psychologiquement, d'ailleurs, le commerçant qui ment, légèrement, à sa clientèle a plus l'impression d'agir selon les traditions et usages de sa profession que d'arracher l'accord contractuel par tromperie. Malgré tout,

---

(40) - Paris 22 janvier 1953, préc.
(41) - Cass. Com. 29 novembre 1971, G.P. 72,1,237 note.
(42) - Amiens 14 février 1876 sous Req. 29 novembre 1876, S. 77,1,49 ; Paris 29 janvier 1861 sous Req. 2 juillet 1862,D.P. 62,1,429 ; Req. 14 juillet 1862, préc.
(43) - Supra. n° 91.

une limite est admise : le mensonge qui va au-delà des usages normaux de la vie des affaires est dolosif.

- Deux séries d'hypothèses sont constitutives du dolus malus. Dans la première, le mensonge est grave et flagrant. Les ventes de véhicules automobiles, notamment d'occasion, en fournissent de nombreux exemples. Il s'agit de mensonge sur l'âge du véhicule (44) ou sur ses caractéristiques (45). Le caractère essentiel de l'objet du mensonge fixe l'illicéité du dol. Les hypothèses sont, à peu près, similaires. Par exemple, un véhicule avait été vendu par un garagiste à un particulier avec la mention "entièrement remis à neuf". Malgré cela, l'acheteur devait, peu après, y apporter des réparations pour, enfin, avoir, avec le véhicule, un accident grave. L'expertise prouva la fausseté de la mention précitée puisque le véhicule, antérieurement accidenté, n'avait été que superficiellement réparé. Le dol du garagiste ne peut être toléré étant donné l'importance du mensonge. Dans la seconde série d'hypothèses, le dol est "déclenché" par la victime future : une réponse mensongère est donnée à une question précise de l'acquéreur sur les qualités du produit (46). Quelle que soit l'importance objective du mensonge, il y a dolus malus car, par son initiative, l'acquéreur souligne l'importance subjective de la qualité recherchée et l'intègre ainsi au contrat.

- L'exagération, le simple fait de vanter quelque peu excessivement un produit constituent le type même du dolus bonus (47). La publicité commerciale par ses exagérations et hyperboles habituelles, en offre de nombreuses applications, ceci sous réserve des dispositions légales relatives à la publicité mensongère. Ne va-t-on pas jusqu'à affirmer que le mensonge est de l'essence même de la publicité ! Théoriquement l'article 1116 du code civil accorde une plus grande liberté d'action

---

(44) - Mensonges sur l'âge du véhicule : Com. 29 mai 1973, préc. ; Com. 29 novembre 1971 préc. ; Cass. Civ. 19 juillet 1965, Bull. 65,1,365 n° 487 ; Cass. Com. 2 décembre 1965 - Bull. 3 n° 621, p. 558.

(45) - Rouen 21 mai 1965 inédit ; Cass. Civ. 19 juillet 1965 préc. ; Com. 16 novembre 1965, Bull. Com. n° 581, p. 522.

(46) - T. civ. Seine 7 Mars 1951, G.P. 51,1,163.

(47) - Infra n° 262.

à l'annonceur que ne le font les lois du 2 juillet 1963 et du 27 décembre 1973 relatives à la répression des abus de la publicité commerciale puisque toute affirmation publicitaire, en l'absence de mauvaise foi, entre dans le champ des textes pénaux. Cet aspect inharmonieux est théorique car le Parquet, loin de là, ne poursuit pas tous les actes de publicité mensongère.

A mesure que l'intervention du professionnel se fait plus passive, l'usage lui reconnaît une plus grande liberté de tromper. Cet effacement progressif de l'article 1116 du code civil, s'il coïncide souvent avec l'importance matérielle de l'acte incriminé, ne se confond pas avec lui. La réticence illustre, également, ce propos.

3) La réticence dolosive :

208 Une partie conservant intentionnellement le silence sur un élément que son cocontractant a intérêt à connaître se rend coupable de dol (48). Le juge a ainsi pu créer une obligation de renseignement à la charge du détenteur de l'information ; le dolus bonus est fréquemment évoqué à l'étude de cette attitude commerciale. Il n'est, en effet, pas question, à moins de vouloir ruiner le commerce, d'obliger le commerçant à dénigrer son produit, à n'en présenter que les défauts, ni de lui imposer de ne pas présenter avantageusement les mérites de sa marchandise. A fortiori, ne peut-il être tenu de présenter les inconvénients éventuels du produit qu'il propose. La réticence constitue le dolus malus lorsque la dissimulation intentionnelle d'un élément essentiel du contrat est contraire aux usages du commerce (49). Ainsi, à titre d'exemple, la Cour de Paris (50) juge t-elle qu'il appartient au vendeur d'un véhicule d'occasion d'avertir l'acheteur, quand même les réparations auraient été impeccables, de ce qu'une voiture a été accidentée, surtout quand l'acquéreur est inexpérimenté et incapable de déceler lui-même les avaries. Les ventes de fonds de commerce,

---

(48) - Supra n° 91 s.
(49) - Civ. 1° 5 avril 1949, J.C.P. 49 II 5185 ; Paris 22 janvier 1953, préc. ; Soc. 1° avril 1954, J.C.P. 54 II 8384, note Lacoste ; Civ. 2 octobre 1974, D. 74 I.R. 252.
(50) - Paris 14 novembre 1968, préc.

en raison de l'importance pour l'acquéreur de la révélation de l'ensemble des éléments de l'objet de la vente, fournissent une jurisprudence abondante et de même tendance (51).

209 Le dolus malus étant la manoeuvre non conforme aux normes du commerce, la normalité de l'acte s'apprécie compte tenu des circonstances de l'espèce. C'est principalement dans la personne de la victime que le dol est jugé, mais le juge tient également compte de la qualité de l'auteur des actes. Cette double considération dégage, peu à peu, en jurisprudence, le concept de confiance légitime placée par une partie dans son cocontractant et qui crée l'obligation de renseigner. La qualité de vendeur professionnel est systématiquement relevée dès lors qu'elle s'oppose à la situation d'un profane ou d'un contractant, même professionnel, en situation d'infériorité. Dès lors qu'un contractant est en droit de compter sur la bonne foi de son partenaire, le dol par réticence ne peut être toléré. Le juge se saisit actuellement de cette possibilité afin d'étendre les limites du dol dans le sens de la protection accrue du consentement. Ainsi, invoquant l'article 1116 du code civil, la Cour Suprême a-t-elle condamné un vendeur professionnel à reprendre un tracteur dont les caractéristiques ne correspondaient pas aux besoins de l'acheteur, pour avoir trompé la confiance légitime que son client plaçait en lui depuis longtemps (52). Actuellement, malgré tout, cette tendance ne doit pas être forcée, ainsi, la simple exagération du prix de vente ne constitue-t-elle pas le dol (53).

210 L'évolution du dolus bonus semble admettre une restriction des abus qu'il autorisait trop souvent. La jurisprudence actuelle, soucieuse de protéger la victime, est cependant liée par les exigences du commerce. Aussi, allant en s'atténuant, le dolus bonus ne disparaît-il pas. De même, l'appréciation du caractère déterminant souligne la sou-

---

(51) - Paris 17 octobre 1964, D. 65, Som. 35 ; Com. 27 octobre 1965, Bull. IV n° 354, p. 479 ; Com. 25 mai 1966, Bull. IV n° 276, p. 246 ; Com. 11 Mai 1970 préc. ; Com. 1° mars 1971 préc. ; Com. 15 juin 1973 Bull. IV n° 203, p. 185.
(52) - Com. 29 mai 1973 préc. ; Civ. 1° 27 juin 1973 Préc.
(53) - Soc. 24 juin 1964, Bull. IV n° 549, p. 448.

plesse jurisprudentielle. Dans un système de protection du consentement, le dol marque un point par rapport à l'erreur simple : son domaine est illimité. L'erreur sur la valeur et l'erreur sur les simples motifs si elles sont déterminantes, justifient l'annulation (54). De conception délictuelle, le dol n'en est pas moins un vice du consentement. La situation de l'auteur du dol, par deux de ses aspects, contredit les promesses envisagées.

SECTION 2 - Les éléments du dol de l'article 1116 du code civil limitant la protection du consentement.

211 Le dol justifie son existence par son objectivité : il ne s'apprécie pas, du point de vue des textes, uniquement dans la personne de la victime de la manoeuvre mais, aussi, dans celle de son auteur. L'erreur simple voit jouer la même appréciation mais elle n'est qu'officieuse, prétorienne et non imposée par les textes. Dans l'actio doli, le préteur romain veut, avant tout, condamner pénalement l'auteur du dol à payer la réparation du préjudice. La tradition s'est perpétuée jusque dans l'article 1116 du code civil : la loi, considérant le trompeur, et non le trompé, pose deux conditions supplémentaires au dol, source de nullité : il doit émaner du cocontractant de la victime (§ 1), il doit être intentionnel (§ 2). La vente commerciale n'y échappe pas mais cette rigueur à l'encontre de la victime se nuance quelque peu.

§ 1 : L'origine du dol :

212 La condition relative à l'origine du dol écarte, de façon évidente, l'article 1116 du code civil du système légal de protection du consentement. Le code civil parle des "manoeuvres pratiquées par

(54) - Supra n° 32 s.

l'une des parties". La jurisprudence applique fort strictement cette exigence précise (55). Appréciée du seul point de vue de la protection contre le vice du consentement, la condition est absolument injustifiée. Le dol, en toutes hypothèses, crée une erreur dans l'esprit du contractant, l'erreur est déterminante. L'article 1110 du code civil se suffit de ces conditions, dans des hypothèses définies, pour annuler le contrat,quel que soit l'auteur éventuel de cette erreur. Le rejet légal de la sanction du dol du tiers a, face aux exigences de l'autonomie de la volonté,été critiqué. Ripert et Boulanger,qui s'insurgent contre cette solution,résument les critiques lorsqu'ils affirment que (56) "cette règle est injustifiable si l'on s'en tient à l'analyse du consentement. Quelle que soit la personne de qui il émane, le dol devrait rendre le contrat annulable dès lors qu'il a eu pour résultat de vicier le consentement"

. Quelles sont les raisons d'être de cette curieuse condition ? Survivance historique, poursuivent ces mêmes auteurs. L'explication est celle généralement admise (57) : le prêteur romain n'a organisé la répression du dol par l'actio doli et l'actio de dolo qu'à l'encontre du coupable de l'acte. Domat et Pothier, eux-mêmes, font du dol un vice du consentement sans jamais pouvoir échapper à l'aspect délictuel du concept, influençant ainsi les rédacteurs du code. Le juriste moderne se sent gêné par ce fondement peu juridique, aussi,a t-on voulu fonder la règle sur l'équité. L'annulation du contrat pour le dol d'un tiers à l'acte serait, finalement, supportée par un innocent : le cocontractant de la victime. La question se pose en termes de choix : quel est, de deux intérêts en présence, le plus juste ou le moins digne de sauvegarde ? Le législateur a tranché le débat en faveur d'un contractant tout aussi innocent que l'autre mais la solution inverse est également concevable, c'est à dire l'annulation systématique du contrat en faveur de la victime de tout dol.

---

(55) - Com. 1° avril 1952, D. 52,300 - D. 52,685, note Copper Royer (dol de plusieurs personnes).

(56) - Ripert et Boulanger, op. cit. t. 2, p. 85 n° 229 ; Weill, op. cit. p. 198, n° 185.

(57) - Cf.les remarques de Ghestin, Encyclopédie Civil V° Dol n° 32, p. 5.

213 La contradiction s'accentue lorsque, de nombreux auteurs, le soulignent (58),cette condition est comparée à celle, parallèle, relative à la violence. Le vice y est sanctionné quel que soit son auteur, contractant ou tiers. L'hypothèse de la violence est,cependant, voisine de celle du dol. La nature du vice, crainte ou erreur, varie mais le mécanisme d'atteinte du consentement est identique. Le caractère socialement plus dangereux de la violence est généralement invoqué à l'appui de cette différence. La violence, ensuite, est plus "irrésistible" que le dol contre lequel la victime peut mieux se défendre. L'explication ne convainc pas car l'ingéniosité des fraudeurs est telle que le dol est souvent impossible à déjouer : il n'y a pas toujours faute à se laisser duper. M. Ghestin (59) tente de réaliser une explication générale réduisant ces contradictions apparentes : "Le dol, dit-il, n'est pas un simple vice du consentement; celui-ci doit avoir été provoqué frauduleusement par l'autre partie qui est alors sanctionnée. Quant à la règle inverse, admise pour la violence qui permet l'annulation même lorsqu'elle émane d'un tiers, elle se justifie par l'absence d'autres dispositions sanctionnant en elles-mêmes la crainte. Au contraire, en matière d'erreur, celle-ci est sanctionnée en elle-même par l'article 1110, et, lorsqu'elle résulte d'une faute intentionnelle de l'autre partie, par l'article 1116 du code civil". L'explication correspond à l'état du droit positif mais il est fâcheux, en l'occurrence pour la victime, que le raisonnement juridique soit inversé. On part de la solution pour en déduire les hypothèses. En fait, il ne peut être nié que les rédacteurs du code aient subi le poids du passé. C'est trop oublier la victime et ni la conception vaste de l'erreur simple, ni l'élargissement du domaine de l'erreur née du dol ne suffisent à s'en satisfaire.

214 La vie des affaires connaît quelques dérogations à ce principe qui, de portée certes limitée, y sont susceptibles d'applications relativement fréquentes :

---

(58) - Ripert et Boulanger op. cit. n° 229, p. 85 ; Mazeaud - leçons n° 192, p. 160 ; Colin et Capitant, op. cit. n° 664, p. 377.
(59) - Ghestin, Encyclopédie - Civil, V° Dol, n° 32.

- Le dol du représentant est assimilé au dol du cocontractant représenté (60). Il ne s'agit pas d'une dérogation à la règle étudiée mais d'une application stricte de la représentation.

- Si le cocontractant se rend complice du dol d'un tiers, la règle est inapplicable. Le contrat est annulable (61) si la victime fait la preuve de cette complicité. Il suffit, pour cela, de prouver la connaissance par le contractant du dol du tiers. Lorsque des intérêts pécuniaires sont en jeu, la connivence est fréquente, sinon, l'intervention du tiers se conçoit peu aisément.

- Quant au domaine d'action de l'exclusion du dol du tiers, il est à noter que son application pratique est souvent limitée. La gêne n'est réelle que pour le dol sur les motifs du contrat ou sur la valeur de l'objet car, si le dol du tiers porte sur la substance ou sur la personne, le contrat peut être annulé sur la base de l'article 1110 du code civil.

La Commission de réforme du code civil, dans l'alternative, a choisi la solution inverse : elle sacrifie le contractant au profit de la victime du dol (62). Prenant systématiquement parti pour la protection individuelle, elle affirme en faire un vice du consentement, même s'il émane d'un tiers. La règle, pour gênante qu'elle soit, est cependant certaine. Il en est de même d'une seconde condition du dol : son caractère intentionnel.

§ 2 : L'intention dolosive :

215 Délit civil, le dol doit logiquement être intentionnel. La jurisprudence recherche ou relève toujours la réalisation de cette condition de l'article 1116 du code civil. Elle le fait parfois expressément lorsque l'intention de tromper est particulièrement caractérisée. Ainsi, à l'occasion de la vente de parts sociales de S.A.R.L.,

(60) - Ghestin, op. cit. n° 33 sur la notion de tiers ; Aubry et Rau t. IV § 343 bis note 28 ; Planiol et Ripert t. VI, 2° éd. par Esmein ; n° 204, t. XI, 2° éd. par Savatier.
(61) - Req. 20 mars 1883, S. 84,1.417 ; Ripert et Boulanger, op. cit., n° 230, p. 85 ; Weill, op. cit. n° 186, p. 199.
(62) - Travaux 1947-48, p. 211.

le juge peut-il noter "l'absence, chez le cédant, de l'intention de tromper qui est la condition nécessaire de la fraude" (63). Mais, le plus fréquemment, l'intention résulte des circonstances de l'espèce et la condition, dont la réalisation est évidente, n'est pas énoncée (64). Le terme même de manoeuvre suppose, lui-même, cette volonté et l'intention délimite,ainsi,les contours des actes dolosifs, permettant d'y inclure la simple réticence. Par contre, l'exclusion du dolus bonus ne vient pas de l'absence d'intention mais de l'autorisation de la loi (65) puisque l'acte, même toléré, car peu grave et admis par l'usage, crée, malgré tout, une erreur déterminante dans l'esprit de l'acheteur. L'exigence de l'intention est effective et consiste donc à exclure la négligence (66). A fortiori, il n'y a pas dol si l'auteur du dol se trompe lui-même sur les éléments allégués (67). Une simple inexactitude matérielle ne peut, pour la même raison, autoriser l'application de l'article 1116 du code civil (68).

16 L'élément intentionnel a permis à une doctrine, qualifiée d'objective (69), de fonder juridiquement la sanction du dol sur l'article 1382 du code civil. Du point de vue de la responsabilité civile, la nullité est le mode de réparation le plus adéquat. Cette opinion explique la différence de régime du dol par rapport à l'erreur, qui ne contient pas cette idée de sanction. Elle souligne le contenu délictuel du dol. Mais, cette théorie attirante est incomplète : pourquoi, dit notamment M. Bonassies (70), est-ce le dol et non la simple faute qui entraîne la nullité. La proposition n'est possible que si

---

(63) - Civ. 1° 26 novembre 1962, préc.
(64) - exemples : Civ. 3° 13 juin 1973, J.C.P. 73, Tabl. de juris. p. 288 ; Civ. 3° 14 mai 1973, préc. ; Com. 7 Mai 1973, D. 73 Som. 124 ; Com. 22 novembre 1971, J.C.P. 72 IV 4.
(65) - Contra Malaurie, J.C.L. Civ, art. 1116 n° 3 à 5.
(66) - Req. 27 janvier 1874, D. 74,1,452 ; 3 janvier 1900, S. 1901,1, 321, note Wahl.
(67) - Paris 30 décembre 1934, S. 1935,2,190.
(68) - Rennes 7 juin 1909, Rec. Nantes, 1910,6,11.
(69) - Notamment : Colin et Capitant n° 63 ; Demogue n° 352 ; Planiol, Ripert et Esmein n° 199 ; Ripert et Boulanger, t. II n° 220 ; Fabre, Essai sur la nature juridique du dol, thèse Toulouse 1941, n° 58, Savatier, Responsabilité civile n° 117.
(70) - Bonassies op. cit., n° 12, p. 185.

les règles du dol du tiers sont identiques à celles du dol du cocontractant. Malgré tout, le rapprochement du dol de la responsabilité civile contient une idée intéressante. La fraude de l'article 1116 du code civil, telle que l'admet la jurisprudence, est susceptible de degrés dans son intensité. Le plus élémentaire consiste en la simple intention de tromper le cocontractant. Le juge relève directement cette volonté qui doit avoir un caractère illicite pour être sanctionnée. Le dolus bonus entre dans cette première catégorie, ce qui explique que de nombreux auteurs justifient, à tort, son impunité par l'absence de l'élément intentionnel. Dans la seconde catégorie, le juge relève la mauvaise foi caractérisée de l'auteur du dol (71). C'est en ce sens qu'un auteur peut affirmer : "Dans la conclusion des actes juridiques, le dol consiste dans le fait d'induire autrui volontairement en erreur par ses agissements dans l'intention d'obtenir par surprise son consentement à un engagement ou à une renonciation" (72).

217 Il devient, ainsi, certain que l'intention, au sens large du terme, est un élément essentiel du dol. On a pu dire que le vice se caractérise par un "état d'esprit" (73) de son auteur. Si le législateur est plus sévère au cas d'erreur provoquée, c'est qu'il a voulu réprimer l'intention dolosive. M. Bonassies est suffisamment convaincu de l'importance de cet élément pour le confondre avec le dol lui-même (74). Il fait de l'intention le critère d'existence du dol. Le dol, poursuit-il, se caractérise par le but et non par les moyens. La notion de bonne foi conduit à nier la notion de manoeuvre dolosive : toute qualification a priori de certains faits doit être rejetée par principe car il suffit de constater que n'importe quel fait porte atteinte à la bonne foi contractuelle pour que s'appliquent les sanctions du dol. La manoeuvre sert, tout au plus, de critère d'existence de l'intention. Cette opinion est trop extensive : ainsi, l'abus de situation de mau-

---

(71) - Cass. Req. 7 mai 1851, S. 51,1,321 ; Rennes 5 mai 1902 G.P. 1902,2,42 ; Paris 20 novembre 1934, G.P. 1935,1,316 ; Civ. 1° 4 février 1975, J.C.P. 75 II 18100.

(72) - Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil français, t. VI par Esmein, n° 199.

(73) - Yvette Fabre, op. cit., n° 18 - 19.

(74) - Bonassies, op. cit., p. 522.

vaise foi intègre-t-il l'intention dolosive. Le dol suppose, certes, l'intention dolosive mais, constitutif d'un vice du consentement, il exige l'erreur de la victime. De plus, la bonne foi n'est pas une notion précise, dans le cadre de l'article 1116 du code civil, tout au plus permet-elle d'intégrer la morale dans le droit.

218 Pourtant, l'idée de départ de M. Bonassies doit être conservée : il existe, entre contractants, un devoir de loyauté, le dol y apporte une atteinte grave. L'idée est évidente pour l'obligation de renseignement. "Quand le contrat, dit Ripert (75), suppose une confiance réciproque entre les parties, l'obligation de renseigner exactement le cocontractant devient une obligation juridique et la réticence une cause légale de nullité du contrat". La nature du contrat, des relations entre contractants, de leurs qualités, détermine une obligation à une plus ou moins grande loyauté. La vente commerciale offre des exemples illustrant cette recherche judiciaire. A nouveau, la disproportion économique, technique ou intellectuelle des parties devient le critère essentiel de fixation de cette bonne foi. L'intention peut, d'abord, consister en une connaissance réelle de la fausseté des faits allégués, s'accompagnant de la volonté délibérée de tromper. Mais, les hypothèses d'intention dolosive pure sont rares et les faits ainsi caractérisés constituent plus souvent l'escroquerie. Par contre, l'intention peut se déduire de présomptions et la qualité de professionnel décelée chez l'auteur du dol est fondamentale. Ainsi, la Cour de Rouen, le 21 mai 1965 (76), affirme-t-elle que le professionnel qui vend des véhicules d'occasion est réputé connaître le matériel, objet de son commerce. En ne s'informant pas de ses caractéristiques, il commet une faute lourde équipollente au dol. Les relations d'affaires habituelles d'un professionnel avec son client non averti obligent le premier à connaître les besoins de l'acheteur. Le vendeur d'un tracteur ne peut donc prétendre qu'il ignorait les nécessités de l'exploitation agricole dudit client (77).

---

(75) - Ripert, Règle morale, n° 48, p. 92.
(76) - Rouen 21 mai 1965, G.P. Tables 1961-65, V° Obligations, n° 29.
(77) - 29 mai 1973, préc.

219 L'importance du contenu délictuel du dol, pour contraire à l'autonomie de la volonté qu'il paraisse, correspond, cependant, au souci constant de la jurisprudence de moraliser les relations contractuelles. Si le consentement est protégé dans son intégrité, il ne l'est que par ricochet. La protection contre la déloyauté s'attache moins à la victime qu'à la cause de l'erreur, c'est-à-dire à l'auteur de l'acte. Cette considération atténue parfois la valeur de l'article 1116 du code civil, placé dans un système plus vaste de protection du consentement ; le texte n'en conserve pas moins une utilité certaine, notamment par sa généralité. Or, ces remarques valent également pour le complément du dol, dans le système classique : l'article 405 du code pénal relatif à l'escroquerie.

CHAPITRE II - LA PROTECTION CLASSIQUE CONTRE LE DOL DANS LA VENTE COMMERCIALE PAR L'ARTICLE 405 DU CODE PENAL.

220 L'escroquerie est une infraction d'application courante dans la vie commerciale (1). La tendance actuelle du droit des affaires et celui, notamment, de la vente commerciale se marque par une pénalisation certaine des sanctions (2), créant ainsi une multitude d'infractions très spécialisées dans leur domaine d'action (3). L'incrimination générale de l'article 405 du code pénal conserve, malgré tout, son entière valeur car, socialement considéré comme très grave et sévèrement sanctionné (4), ce délit est d'application générale.

"L'escroc, dit M. Chavanne (5) est un personnage qui se sert de la ruse et de la dissimulation pour obtenir de sa victime, par l'emploi de manoeuvres frauduleuses, la remise volontaire de l'objet convoité". Or, si le dol civil est conçu comme une manoeuvre, il suggère aussitôt l'escroquerie, qualifiée alors de dol criminel, ou, par souci de précision, de dol pénal. Tous deux constituent une fraude, commise intentionnellement, en vue d'un certain résultat. L'étude du dol ne peut être complète que par la délimitation exacte de la mesure de l'autonomie ou de la complémentarité d'un concept par rapport à l'autre. Il n'est donc pas question d'effectuer principalement une étude juridique des techniques pénales de protection du consentement mais, de déterminer la protection contre le dol par l'article 405 du code pénal, appréciée d'un point de vue commercialiste. La recherche des liens entre le dol civil et le dol criminel a souvent préoccupé

---

(1) - Albert Chavanne et Marie-Claude Fayard, Escroquerie, J.C.L. pén. art. 405, fasc. I n° 29.
(2) - Guy Raymond, Les techniques de vente au regard du droit pénal G.P. 73, doct. 753.
(3) - Bernard Bouloc, Encycl. pén., V° Escroquerie, n° 8 s, p. 3.
(4) - Emprisonnement de 1 à 5 ans, amende de 3.600 à 36.000 F. pour les sanctions de base.
(5) - Chavanne, J.C.L. pén., article 405, n° 1, p. 1.

la doctrine mais la jurisprudence récente est susceptible de lui donner des réponses différentes (Section 1). Les liens entre les deux dols étant supposés fixés, la détermination de l'application spécifique de l'article 405 du code pénal à la vente commerciale est possible (Section 2).

SECTION 1 - Essai de détermination des rapports entre le dol civil et le dol criminel.

L'obtention par une manoeuvre mensongère d'un certain résultat est frauduleuse mais, tout dol ne peut faire l'objet d'une sanction pénale, un simple aperçu de la jurisprudence le montre à l'évidence. Quelle peut être la démarcation des deux concepts ?

221 Assez curieusement, l'escroquerie n'a pas toujours constitué une incrimination spéciale. Le droit romain en est l'exemple. La contrectatio consiste dans l'appropriation du bien d'autrui, englobée plus généralement dans le furtum. Initialement, elle correspond plus à notre vol actuel qu'à l'idée contemporaine d'appropriation frauduleuse de l'escroquerie. La compréhension de plus en plus large de la contrectatio permet, peu à peu, d'y inclure des actes graves correspondant à l'abus de confiance et à l'escroquerie (6). En présence d'un faux, l'escroquerie romaine peut également tomber sous le coup de la loi Cornelia de falsis. L'Ancien droit ne connaît pas mieux le concept spécifique et autonome de l'escroquerie, par rapport au dol civil : l'escroquerie est, en elle-même, confondue avec le vol ; elle ne s'en sépare que, timidement, dans quelques coutumes particulières ou plus généralement par la notion, assez vague, de "larcin", sorte de vol par surprise ou par industrie (7).

---

(6) - Mommsen - Desjardin, Le furtum en droit romain. Manuel des antiquités romaines, t. XIX, le droit pénal romain, p. 40.
(7) - Muyart de Vouglans. "Lois criminelles" livre III ch. 1°, § 1.

La loi du 19 et 22 juillet 1791 incrimine, pour la première fois, spécialement, l'escroquerie en la ramenant purement et simplement au dol civil dans son article 35 disposant notamment :

"Ceux qui, par dol ou à l'aide de faux noms, ou de fausses entreprises ou d'un crédit imaginaire, ou d'espérances ou de craintes chimériques auraient abusé de la crédulité de quelques personnes et escroqué la totalité ou partie de leur fortune seront poursuivis devant les tribunaux de district..."

Cette confusion du dol criminel au dol civil est gênante. Elle revient à soumettre au droit pénal des actes tels le mensonge ou la réticence (8). Le magistrat, voulant atténuer les conséquences de cette sévérité, distingue notamment entre "l'abus de crédulité simple, praticable vis-à-vis d'un homme ordinaire et l'abus de crédulité avec circonstances aggravantes ourdies avec un art propre à tromper même de bons esprits" (9), c'est-à-dire en préférant à l'appréciation in concreto du dol, une appréciation in abstracto. La solution reste insuffisante. Aussi, la loi du 9 frimaire an II détache-t-elle un premier lien reliant le dol criminel au dol civil en donnant, pour l'escroquerie, compétence aux tribunaux correctionnels au détriment des tribunaux de district, juridictions civiles de droit commun.

L'aboutissement de cette tendance date de 1810. L'article 405 du code pénal supprime, dans les éléments de l'escroquerie, le mot "dol". Malgré sa longueur, il doit être cité ; dans sa rédaction, actuelle, il dispose : "Quiconque, soit en faisant usage de faux noms ou de fausses qualités, soit en employant des manoeuvres frauduleuses pour persuader l'existence de fausses entreprises, d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire, ou pour faire naître l'espérance ou la crainte d'un succès, d'un accident ou de tout autre évènement chimérique, se sera fait remettre ou délivrer des fonds, des meubles ou des obligations, dispositions, billets, promesses, quittances ou décharges et aura, par un de ces moyens, escroqué ou tenté d'escroquer la totalité ou partie de la fortune d'autrui, sera puni..." L'énumération légale,

---

(8) - Voir les observations de Planiol - op. cit. p. 649.
(9) - Crim. 24 avril 1807, Bull. crim., n° 88.

par le principe de l'interprétation stricte du droit pénal, est limitative et exclut, a priori, les actes qui n'y figurent pas. La distinction des deux dols paraît alors aisée "comme s'il s'agissait, dit Planiol (10), d'une de ces notions claires par elles-mêmes, que tout le monde possède et comprend, et qu'il est inutile de définir".

222 En fait, toute l'oeuvre jurisprudentielle consiste, à tort ou à raison, à étendre le domaine d'application de l'article 405 du code pénal (11). Il a été vu que, parallèlement, et le mouvement s'accentue à l'heure actuelle, le juge civil, par un souci fort louable de moralisation des affaires, élargit le concept de dol civil. La conséquence est la difficulté de définir juridiquement chaque notion et, plus encore, de fixer leurs domaines d'application respectifs. La doctrine ne s'est pas fait faute de fournir tous les critères imaginables de distinction (§ 1), mais, l'état actuel de la jurisprudence permet mal de découvrir le plus effectif (§ 2).

§ 1 : Recensement des tentatives doctrinales de définition des rapports juridiques entre le dol civil et l'escroquerie :

Trois grands courants se dégagent vraisemblablement de l'étude de la doctrine. Les auteurs ont, en effet, pris position soit pour l'identité des deux concepts, soit pour une identité de nature allant de pair avec une différence de degré, soit, enfin, pour une différence réelle de nature des deux incriminations.

A - L'identité du dol civil et de l'escroquerie :

223 M. Lachenal déclare qu'il y a dol criminel dès qu'il y a exploitation frauduleuse d'une erreur par l'abus de la confiance et

(10) - Planiol, Dol civil et Dol criminel, Rev. crit. de légis. et de juris. 1893, n° 1, p. 545.
(11) - Albert Chavanne, "Le délit d'escroquerie et la politique criminelle contemporaine", Mélanges Donnedieu de Vabres, 1960, p. 147.

de la crédulité de la victime (12). En fait, si l'auteur ne l'affirme pas ouvertement, cette définition vaut aussi pour le dol civil. D'autres juristes, tel M. Boccara (13), ont soutenu l'existence entre les deux concepts d'une relation d'identité. Dans cet esprit, par exemple, le droit italien refuse toute distinction entre le dol et l'escroquerie.

Cette opinion ne correspond pas au droit positif : deux textes différents n'ont pas, comme il sera vu, un domaine identique d'application. Il suffit de constater que tout dol civil ne constitue pas l'escroquerie. Comme ajoute justement M. Boccara (14) : "Certaines doctrines qui affirment formellement l'absence de "différence" entre le dol civil et le dol criminel, retiennent, en réalité, l'existence d'une relation d'inclusion entre ces deux concepts et laissent entière la question de savoir quand le dol civil devient un dol criminel". L'opinion vaut donc pour cette zone commune mais ne peut avoir d'utilité pratique.

B - La différence de degré entre le dol et l'escroquerie :

24 Cette "doctrine du triage" (15) suppose l'identité de nature des deux concepts qui constituent chacun un dol. L'escroquerie est simplement un dol plus grave que celui de l'article 1116 du code civil. La difficulté vient de ce que les auteurs qui acceptent cette hypothèse ne se rejoignent plus dans la détermination de la gravité minimale nécessaire de l'escroquerie. Ici, à nouveau, il convient de distinguer parmi les opinions émises.

25 Un premier courant semble se satisfaire de la seule gravité des moyens employés par l'auteur du dol, comme critère. En ce

(12) - Lachenal cité in Boccara, Dol civil et dol criminal dans la formation des actes juridiques, thèse Paris, 1952.
(13) - Boccara, op. cit., n° 147, p. 156.
(14) - Boccara, op. cit., n° 11, p. 12.
(15) - Le mot est de Planiol, op. cit., p. 545.

sens, M. Merkel (16) fait remarquer que le dol suppose une atteinte au patrimoine. Par là-même, cette diminution ouvre droit à des dommages-intérêts au profit de la dupe. Si le dol civil ne suffit pas à réparer le préjudice, il y a dol criminel. Cette curieuse opinion n'apporte pas plus de clarté au problème. En fait, elle présente surtout un caractère anecdotique puisqu'elle s'insère même mal dans ce premier courant. Plus orthodoxe est l'idée défendue par M. Chavanne (17) pour lequel il n'y a pas, entre les deux dols, différence de nature mais de degré. La jurisprudence les différencie par l'examen des moyens frauduleux utilisés. La difficulté, souligne-t-il, est que le juge passe insensiblement de l'un à l'autre. Dans une de ses chroniques (18), l'auteur a eu l'occasion de préciser que la gravité de la manoeuvre s'apprécie par rapport à la victime du dol : "Il y a manoeuvre frauduleuse chaque fois que le mensonge est de nature à tromper un bon père de famille normalement prudent". Le Doyen Ripert évoque cette idée lorsqu'il affirme qu'actuellement, les cas de tromperie vont "de l'escroquerie criminelle à la simple allégation mensongère" (19) et M. Zurcher, pour le droit suisse, défend la même opinion (20). La référence à l'attitude de la victime est, d'ailleurs, souvent suggérée. Pour Garraud (21), notamment, le droit pénal intervient si le patrimoine est attaqué par des procédés que la prudence commune est impuissante à éviter et échappe à la perspicacité du bon père de famille. Mais, le critère relatif à la gravité des manoeuvres présente l'inconvénient de l'incertitude. D'autre part, il se justifie mal du point de vue criminologique : l'intention est, a priori, aussi frauduleuse dans l'une ou l'autre situation.

226 Une certaine doctrine est venue compléter le critère de la gravité en y ajoutant, pour tenir compte de cette dernière remarque, l'élément intentionnel. Le dol pénal, dit M. Bouloc (22), suppose non

(16) - Merkel, cité par Boccara, n° 18, p. 27.
(17) - Chavanne, J.C.I. pén., art. 405, fasc. I, n° 25.
(18) - Chavanne, op. cit, n° 156.
(19) - Ripert, op. cit, n° 47, p. 90.
(20) - Zurcher, Exposé des motifs du code suisse.
(21) - Garraud, Traité théorique et pratique du droit pénal français, t. 6, 3° éd., Paris 1913 à 1942, n° 2073, p. 365.
(22) - Bouloc, Encycl. pén., n° 47, p. 90.

pas des tromperies destinées moins à nuire qu'à faire une bonne affaire mais des manoeuvres intentionnelles plus caractérisées. M. Vouin, quant à lui, se place (23) au plan de la confiance contractuelle trahie par le dol : "La loi pénale poursuit, sous le nom d'escroquerie, un dol criminel autrement plus grave en ce que, par l'emploi de manoeuvres plus caractérisées, il est de nature à surprendre la confiance que les contractants doivent normalement consentir dans les transactions de la vie civile". Plus précisément, selon M. Joncqueres (24), les manoeuvres civiles ne constituent une escroquerie que si elles atteignent un certain degré de gravité, étant accompagnées des circonstances de l'article 405 du code pénal et accomplies dans le but essentiel de nuire à autrui. Le double critère est ici apparent : l'ensemble des circonstances aggravantes rend le dol civil pénalement punissable. L'opinion de Chauveau et Hélie (25) s'en approche : l'appropriation de l'escroquerie n'est accomplie qu'en provoquant une confiance aveugle dont l'escroc abuse avec perfidie ; cependant, la loi pénale ne saisit pas tous les cas de dol car la répression systématique nuirait à la sécurité des transactions. L'opinion de Bedarride est, finalement, à l'extrême puisqu'il considère que la seule intention criminelle caractérise l'escroquerie (26).

227 Ce n'est pas la référence à l'élément intentionnel, variable par excellence, qui va permettre de résoudre le besoin de sécurité du juriste. Le dol, dit Bedarride, est "une question de fait" par opposition à l'escroquerie qui est "une question intentionnelle". Comment comprendre cette distinction ? Comment "imputer" un fait "matériel" à son auteur ? Dol et escroquerie sont chacun intentionnels. Il est, de fait, exact que des actes matériellement graves traduisent généralement une intention criminelle, caractérisant singulièrement le dol, mais, la question essentielle n'est pas résolue : quelle est l'exacte

---

(23) - Robert Vouin, Droit pénal spécial, 3° éd. Paris 1971, n° 44.
(24) - Joncquerès, in Encycl. pén. n° 28.
(25) - Chauveau et Hélie, Théorie du code pénal, t. V, 6° éd. par Villey, Paris 1887, p. 2171.
(26) - Bedarride, op. cit. n° 18, p. 4.

frontière de gravité des deux dols ? L'opinion commune et le texte de l'article 405 du code pénal suffisent généralement à fixer les hypothèses extrêmes ou normales de dol et d'escroquerie mais sont insuffisantes pour la zone relativement vague où les deux concepts se rejoignent. Il a donc parfois paru plus simple de les opposer.

C - La différence de nature du dol et de l'escroquerie

228 Le danger de cette opinion est de conduire à un éparpillement des idées émises : chaque auteur, s'entendant sur l'opposition des deux dols, a sa propre conception de la nature réelle de chacun. Pirmez (27) propose ce critère : "la définition du dol criminel... doit tout à la fois comprendre l'infinie variété de formes et de moyens que peut employer l'astuce humaine pour tromper et écarter ceux des faits dolosifs qui, n'affectant que les intérêts privés, peuvent être laissés à l'action de la justice civile". Cette opinion contient une inexacte limitation des objectifs du droit pénal. Par ailleurs, Planiol note avec raison (28) que l'auteur ne précise pas comment les faits dolosifs peuvent affecter exclusivement tantôt l'intérêt général, tantôt l'intérêt public. Dans la "Pratique Criminelle" (29), Hélie considère que le dol civil consiste dans des ruses ayant pour but moins de nuire à autrui que de servir les intérêts privés de ceux qui les emploient. La sécurité des transactions ainsi que la facilité de s'en défendre s'y ajoutent pour écarter l'intervention du droit pénal. Alors que le dol pénal, à l'aide de certaines manoeuvres, a pour but essentiel de tromper autrui, le dol civil est plus intéressé. Mais, la différence ainsi faite entre les deux catégories de manoeuvres du dol et de l'escroquerie n'est pas claire. Ensuite , l'auteur de tout dol, s'il peut vouloir nuire à autrui, cherche toujours son intérêt personnel.

De nombreux auteurs (Rubin de Couder, Blanche, Dreyfus...) soulignent le caractère plus saisissable, plus tangible du dol criminel. Cette remarque résulte certainement de la fréquence de la répression des escroqueries strictement pécuniaires, mais, rien n'empêche l'escroc

(27) Pirmez, Lois Annotées, p. 435.
(28) - Planiol, op. cit., p. 548.
(29) Helie Depeiges, Pratique Criminelle, Paris 1928, n° 726, p. 448.

de s'attaquer à un objet apparemment moins matériel. L'opinion ne peut, d'ailleurs, avoir la précision d'un critère juridique. Planiol, dans sa célèbre comparaison des deux dols, arrive à une conclusion différente. Le dol vaut escroquerie quand il vise à procurer un profit illégitime en causant corrélativement un dommage à autrui. Une spoliation lui est nécessaire et le simple déséquilibre des prestations ne peut suffire. La loi pénale, précise-t-il (30), fait un délit de toute atteinte à la propriété et abandonne au droit civil toute la matière des conventions. Dans le dol, l'auteur a en vue de contracter, dans l'escroquerie, de spolier. C'est l'absence de consentement plutôt que la manoeuvre qui constitue la marque législative de l'escroquerie. L'opinion de Planiol conduit à une extension considérable de l'escroquerie puisqu'elle correspond largement à l'atteinte à la propriété. En fait, la jurisprudence actuelle n'exige plus le préjudice en tant qu'élément constitutif de l'escroquerie (31). M. Boccara peut justement noter (32) que l'admission de cette opinion ferait du dol civil l'exception, ce qui ne résulte pourtant pas de la jurisprudence actuelle. De ces constatations, il déduit que le dol criminel est un délit de résultat. La seule recherche à effectuer consiste à savoir s'il y a eu "but d'appropriation sans contrepartie". Il y a dol criminel lorsque les manoeuvres ont pour but, par une apparence de contrat, par un contrat fictif, l'appropriation sans contrepartie de la chose d'autrui. Le critère est l'intention de spolier par un contrat fictif. L'idée est, certes, exacte pour le dol criminel mais, à nouveau, il est difficile de ne pouvoir l'appliquer à certaines hypothèses de dol civil.

A ce niveau, figure l'écueil essentiel des critères distinctifs de la nature de chaque dol : la jurisprudence a tellement déformé les textes légaux qu'à la limite, il y a confusion entre chaque concept. Parfois, sans raison apparente, le juge écarte ou admet la sanction pénale. Ce laxisme explique l'échec relatif d'une doctrine qui reste très descriptive. Il est significatif de relever que cette controverse ne passionne pas les auteurs modernes. Elle n'est pas dépassée mais

---

(30) - Planiol,op. cit., p. 545 et 649.
(31) - Crim. 18 novembre 1969, D. 70, J. 437, note Bouloc.
(32) - Boccara, op. cit., p. 115.

insoluble : seules les grandes tendances de la jurisprudence actuelle peuvent être notées et l'incertitude de la situation apparaît à son examen.

§ 2 : Application comparée des articles 1116 du code civil et 405 du code pénal :

229 La recherche du domaine comparé d'application des deux textes est, seule, susceptible de définir, face aux incertitudes doctrinales, la conception jurisprudentielle des rapports entre les deux dols. Comment, du point de vue de cette étude, le dol civil peut-il être sanctionné pénalement (33) ?

Les termes de l'article 405 du code pénal ne peuvent être mis en parallèle avec ceux de l'article 1116 du code civil que si une limite préalable leur est apportée. Les deux dols sont envisagés dans le cadre de la formation du contrat de vente alors que l'escroquerie peut, par ailleurs, avoir un domaine d'action plus vaste. Par contre, n'est pas admise l'opinion correspondant notamment à celle de Planiol (34) qui limite sa recherche "au dol qui a pour objet l'obtention gratuite de choses mobilières". L'exclusion ainsi effectuée supposerait, dans l'escroquerie, la remise d'une chose indue dont l'escroc ne remet pas la contrepartie. Mais, la jurisprudence actuelle écarte désormais, on le verra, la condition du préjudice, des éléments constitutifs de l'infraction.

Cette définition admise, la recherche comparée peut être menée par l'étude successive de la jurisprudence relative aux éléments communs des deux dols appliquée à la vente commerciale :

- l'existence de manoeuvres
- leur résultat : une erreur

---

(33) - Rappelons que l'étude de l'escroquerie est envisagée uniquement en tant que complément de celle du dol civil et, a priori, dans l'optique essentielle de la protection de la victime du vice du consentement.

(34) - Planiol, n° 18 - 19, p. 556 - 557.

- l'intention de l'auteur du dol.

A - L'existence de manoeuvres dolosives :

230 Sur ce premier terme, le rapprochement du dol et de l'escroquerie a été le plus aisé. Si l'article 1116 du code civil évoque les manoeuvres qui déterminent à la conclusion d'un contrat, l'article 405 du code pénal énumère les procédés limitativement admis : l'usage de faux noms, de fausses qualités ou,enfin,le recours à des manoeuvres frauduleuses tendant à un certain but.

1) Le faux nom et la fausse qualité :

Leur seul usage suffit, s'il est intentionnel,à constituer l'escroquerie (35) sans que la poursuite, par l'auteur, d'un certain but soit requise. A priori, si ce mensonge a déterminé la dupe à la conclusion du contrat, la manoeuvre mensongère constitue également dol civil. La loi pénale exige de l'escroc un acte positif. L'usage de faux nom donne, il est vrai, rarement lieu à application dans la vente commerciale. Mais il semble que si l'escroquerie ne peut être retenue contre celui qui use de son pseudonyme ou sobriquet (en dehors d'autres manoeuvres frauduleuses), l'hypothèse est certainement susceptible d'entraîner application de l'article 1116 du code civil.

L'usage d'une fausse qualité consiste à utiliser une qualité antérieurement attribuée à celui qui s'en prévaut, ou une qualité inexistante. La large compréhension jurisprudentielle de cet élément permet son application fréquente à la vie des affaires. La qualité concerne l'exercice d'une fonction publique mais, aussi, souvent, d'une qualité privée, telle celle de représentant de commerce (36), de concessionnaire exclusif (37), de commissionnaire en marchandise (38)

---

(35) - Crim. 26 octobre 1934, S. 36,1,38 (usage de faux nom auquel s'ajoute les manoeuvres frauduleuses : la poursuite est justifiée à double titre).
(36) - Crim. 19 décembre 1858 Bull. crim. n° 825 ; 6 août 1921 ibid n° 340 ; Paris 5 novembre 1957, D. 58 - 49.
(37) - Crim. 27 avril 1897, Bull. crim., n° 108.
(38) - Crim. 23 avril 1857, Bull. crim., n° 165.

d'agent de publicité (39),de marchand de tableaux (40), de mandataire (41)..., Mais le simple fait de se laisser par réticence faussement attribuer la qualité de boucher ne peut constituer le délit (42). La seule prise de la qualité de commerçant, notion définie par référence à l'article 1° du code de commerce, suffit, plus généralement, à constituer le délit de l'article 405 du code pénal (43) !

231 Du point de vue de ce premier élément, l'identité du dol et de l'escroquerie est certaine : l'article 405 du code pénal a même précédé l'article 1116 du code civil en admettant, dès l'origine, le mensonge. Par contre, l'exclusion de la réticence est certaine : la gravité de la sanction va de pair avec la gravité des manoeuvres : il y a dol civil, mais le dol pénal n'est pas suffisamment caractérisé, l'intention criminelle, absente. Il est cependant permis de s'interroger, actuellement, sur l'opportunité du choix, parfois sectaire, des mensonges admis à être sanctionnés pénalement : la qualité de créancier (44) ou de propriétaire (45), en dehors de toute manoeuvre frauduleuse, ne constitue qu'un simple mensonge exclusif de la manoeuvre criminelle, alors que sa gravité est certaine. A cet égard, le texte de 1810 ne correspond plus à l'état des moeurs actuelles.

2) Les manoeuvres frauduleuses :

232 L'expression a, en 1791, remplacé, dans le texte de loi, le mot "dol". La substitution est significative car :

---

(39) - Crim. 29 décembre 1927, Bull. crim. n° 335.
(40) - Crim. 17 octobre 1947, J.C.P. 47 IV, 206.
(41) - Crim. 26 juillet 1966, D. 66, 579 (courtier en publicité).
(42) - T. corr. Nancy 7 mars 1947, G.P. 47,1, tables, V° Escroquerie, n° 2.
(43) - Crim. 14 mai 1859, Bull. crim. n° 128 ; 9 mars 1861 Bull. crim. n° 52 ; 11 novembre 1880, D.P. 81-1-45 ; Crim. 6 novembre 1886, Bull. crim. n° 375 ; Crim. 25 juin 1898, D.P. 99,1,126 ; Crim. 10 août 1906, D.P. 1908,1,122 ; Pau 22 novembre 1949, G.P. 1950, 1,13.
(44) - Bouloc, Encycl. Pén., V° Escroquerie, n° 102 - 103.
(45) - Ibid, n° 104 à 106.

- La manoeuvre suppose un acte positif exclusif du silence ou de la réticence.

- Pour une raison identique, le mensonge ne constitue pas une manoeuvre,sauf s'il y adjoint un fait extérieur, un acte matériel, lui donnant le caractère d'une machination.

Sous ces réserves qui, selon l'opinion de Planiol, font du dol pénal, un "dol civil aggravé" (46), les formes des manoeuvres applicables à la vente commerciale sont variées.

- production de documents écrits (47) tels de faux bilans ou de fausses factures, faux effets de commerce, documents authentiques utilisés de manière trompeuse.

- mise en scène organisée par l'escroc (48), l'exhibition de lingots d'or dont on se dit propriétaire, le recours au charlatanisme... La condition exigée est que la tromperie soit confirmée par des faits ou actes extérieurs à ceux du prévenu.

- intervention d'un tiers, que cette intervention soit ou non consciente (49).

33 Du point de vue matériel, il y aurait une stricte identité entre la nature des manoeuvres de l'escroquerie et de celles du dol civil car, tout comme l'article 1116 du code civil, l'article 405 du code pénal ne définit pas ou n'énumère pas les manoeuvres constitutives du dol. Les manoeuvres doivent, en matière pénale, avoir un but précis que fixe la loi. Elles doivent avoir eu pour but de créer une confusion dans l'esprit de la dupe. Quels en sont les termes ?

a) La fausse entreprise :

La manoeuvre peut, tout d'abord, faire croire en une fausse entreprise. Le terme entreprise est entendu largement par le juge qui,

---

(46) - Planiol, op. cit., p. 545 et 649.
(47) - Encycl. Pén. n° 216 à 249 ; J.C.L. pén. n° 39 à 41, 43 à 45 ou 55 à 64.
(48) - Encycl. fasc. préc. n° 250 - 250 et J.C.L. op. cit, 78 à 85.
(49) - Encycl., fasc. préc., n° 200 - 215 et J.C.L. op. cit., 66 à 77.

bien entendu, inclut les entreprises commerciales, industrielles ou financières. Ainsi, un individu qui, pour persuader des tiers à acquérir des actions d'une société sans existence réelle, les nomme administrateurs de ladite société, se rend coupable d'escroquerie (50), tout comme de dol civil. Il en est de même d'un ébéniste qui, prenant une commande, mène son client dans l'atelier d'un professionnel qu'il présente comme le sien (51) ou d'un commerçant qui trompe sa clientèle par l'emploi d'un en-tête impressionnant (52). La notion de fausse entreprise, à l'évidence, est susceptible de recouvrir bien des hypothèses de dol civil.

Une sérieuse limite existe cependant à cette confusion : l'entreprise doit être fausse. Aussi, des procédés de commerce illicites, telle la vente à perte (53), ne peuvent-ils constituer le délit de l'article 405 du code pénal. Cependant, la jurisprudence garde une conception extensive de la fausse entreprise et y assimile les manoeuvres tendant à faire croire à un dessein formé. Cette tendance permettant d'atteindre de nombreux cas de dols est, par son caractère extensif, critiquée. Cette jurisprudence explique, avant 1953, la répression de la vente à la boule de neige. Pour cette raison, est également condamné pour escroquerie le fait par un négociant d'obtenir le paiement d'une traite par l'envoi au tiré d'une facture signalant faûssement l'envoi des marchandises, indiquant des marques et numéros imaginaires de fûts et le coût d'acquits -à caution inexistants (54). L'opinion n'est guère conforme au sens commun du mot entreprise. Nul doute que cette jurisprudence s'explique par un souci de sévérité.

b) Le pouvoir ou le crédit imaginaire :

"Le pouvoir imaginaire, dit M. Chavanne (55), c'est l'autorité, la puissance, la situation, l'influence contraire à la réalité, alors que le crédit imaginaire, ce serait la situation pécuniaire, la

(50) - Caen, 6 mars 1913, Rec. Caen, 1913, p. 127.
(51) - Crim. 6 décembre 1945, J.C.P. 1946, éd. G, IV, 78.
(52) - Crim. 20 janvier 1912, Bull. crim. n° 44.
(53) - Crim. 16 juillet 1936, D.H. 1936,526.
(54) - Crim. 26 mai 1916, Bull. crim., n° 217.
(55) - Chavanne, fasc. préc., n° 110, p. 25.

solvabilité contraire à la réalité". Le pouvoir imaginaire donne sou vent lieu à application dans la vente commerciale, notamment en matière de croyances superstitieuses : vente de médailles porte-bonheur, de produits miracle, d'horoscopes (56). On constate alors que le juge ne réprime pénalement ces agissements que s'ils sont excessifs et anormaux, ce qui confirme le mode de distinction des deux dols. Y a-t-il d'ailleurs pouvoirs imaginaires ? En l'état actuel de la science, le juge ne se hasarde pas à l'affirmer. La sévérité judiciaire est, par contre, évidente en matière de magie (57). De son côté, le crédit imaginaire consiste en une solvabilité ou une position financière de l'escroc, différente de la réalité. Les manoeuvres qui tendent à cette croyance sont certainement constitutives d'un vice d'un consentement. La vie des affaires ne peut admettre cette atteinte grave au crédit commercial, aussi, la gravité de ces actes permet-elle de leur appliquer l'article 405 du code pénal : il en est ainsi, par exemple, d'un commerçant qui met son fonds en vente en publiant, par voie de presse, des annonces fausses sur la situation du fonds (58).

c) L'espérance ou la crainte d'un succès, d'un accident ou de tout autre évènement chimérique :

Ce troisième terme, en réalité, est générique puisqu'à l'extrême, il englobe toutes catégories de manoeuvres frauduleuses. La jurisprudence ne s'est pas privée d'utiliser la voie que lui traçait le législateur et c'est à l'occasion de ce troisième but que le mouvement d'extension de l'article 405 du code pénal est le plus marqué. En raison de cette variété, les applications à la vente commerciale sont très nombreuses et ne peuvent toutes être citées. Il y a, par exemple, escroquerie à organiser des concours faciles dont les prix ne sont remis ultérieurement que contre achat, à vendre des cigarettes en bois imprégné de goudron et de menthol en les présentant comme des substituts du tabac (59)...

---

(56) - Cf. Chavanne, J.C.L. pénal, fasc. préc., n° 118 s.
(57) - Cf. notamment, T. corr. Laval 22 novembre 1940, G.P. 1941,1,7.
(58) - T. corr. Paris 30 avril 1969, aff. Rozo, inédit, cité in J.C.L. n° 130.
(59) - T. Cor. Seine 2 février 1942, G.P. 1942,1,184.

234 Dans l'application de la hiérarchie des manoeuvres, l'exclusion du mensonge apparaît comme la seule véritable distinction du dol civil et du dol pénal. La limite se justifie par des considérations de légalité et de respect des exigences du commerce. La restriction, au plan civil, du dolus bonus peut-elle être l'annonce, parallèle, de l'abandon de cette dernière limite d'application de l'article 405 du dol pénal ? Il ne le semble pas, vu la gravité des sanctions pénales face à une manoeuvre apparaissant toujours comme mineure, malgré son action sur le consentement. Malgré tout, la réunion des deux dols apparaît à l'étude du second élément : l'erreur créée.

B - Le résultat du dol : une erreur :

235 Par l'erreur qu'elle crée chez sa victime, l'escroquerie constitue réellement le dol et conduit à son identité, de ce point de vue, avec le dol civil. De même qu'à l'occasion de l'article 1116 du code civil, la manoeuvre doit être liée, par un lien de cause à effet, au résultat de ce vice du consentement : remise d'une chose dans l'article 405 du code pénal ou conclusion d'un contrat dans l'article 1116 du code civil. Le caractère déterminant de l'erreur du dol pénal est général et s'applique de la même façon que dans le dol civil (60). Mais, l'appréciation stricte de cette condition par le juge pénal doit être notée : l'escroquerie n'a pas été admise dans la vente d'un tableau faux alors qu'on avait pu relever et faire état de manoeuvres extérieures tendant à favoriser la tromperie comme, par exemple, une attestation du peintre lui-même, ainsi que des articles élogieux, dans des revues spécialisées (61). Fort heureusement, pour la victime, le caractère déterminant s'apprécie in concreto, afin de permettre la protection des plus naïfs. Le parallèle avec le dol s'accentue si l'on relève une préférence certaine du juge à l'exclusion du dol criminel "inexcusable". L'escroquerie, à cet égard, apparaît comme le moyen de

(60) Garçon, op. cit., p. 60 ; Cass. crim. 9 janvier 1885, Bull. crim. 1885, n° 20 ; Crim. 22 octobre 1974, D. 74, I.R. 234 - Bull. crim., n° 300.

(61) Crim. 24 juillet 1967, D. 67,695.

protection du consentement individuel. Il ne peut y avoir escroquerie lorsque la victime avait la possibilité de vérifier l'allégation de l'auteur (62).

L'erreur créée doit, pour être sanctionnée, produire certains effets. En matière de dol civil, il s'agit de la conclusion d'un contrat alors que, pour l'article 405 du code pénal, l'escroquerie suppose la remise d'un objet mobilier, matériel, par la victime. L'erreur étant déterminante, la remise s'effectue à la suite de ces manoeuvres. L'objet de la remise est défini par la loi. La technique de l'énumération est, a priori, plus limitative que celle consistant à énoncer un critère général, lequel peut toujours être élargi par le juge. Mais, le caractère limitatif de l'énumération ne constitue pas un élément d'opposition des deux dols puisque la jurisprudence a la conception la plus extensive de la nature de l'objet de la remise (63).

La remise ou la conclusion du contrat, respectivement pour l'escroquerie et le dol, est-elle la seule exigence relative à l'importance de l'erreur provoquée ? On a voulu opposer les deux dols en faisant de l'escroquerie une atteinte à la seule propriété. Planiol déclare ainsi (64) que "la loi pénale fait un délit de toute atteinte à la propriété et abandonne au droit civil toute la matière des conventions. Dans le dol, l'auteur a en vue de contracter, dans l'escroquerie de spolier". La répartition ainsi effectuée est attirante, mais, actuellement, fausse. La loi de 1863 définissait déjà la tentative de délit comme le fait de "tenter de se faire remettre ou délivrer" la chose. Actuellement, surtout, le préjudice résulte du seul fait que la remise n'a pas été consentie par la victime (65), tout comme en matière de dol civil. Peu importe que la dupe ait acquis à juste prix. L'opposition du dol civil et du dol criminel ne résulte pas du résultat de la tromperie ; en est-il ainsi de l'intention coupable ?

---

(62) - Crim. 24 juillet 1967, préc.
(63) - Obs. Chavanne, fasc. préc., n° 119 et Delmas Marty, Droit pénal des affaires, Paris 1973, p. 165.
(64) - Planiol, op. cit., p. 545.
(65) - Obs. Bouloc, fasc. préc., n° 309 à 315.

C - L'intention coupable :

238 Le dol, civil ou criminel, est un délit. Pour cette raison, il suppose la constatation de l'élément intentionnel : la volonté de tromper autrui. La condition présente,en fait, deux aspects :

- Le dol général qui consiste en la connaissance du caractère coupable de l'acte et la volonté de le commettre (66). L'intention disparaît si la bonne foi de l'auteur est démontrée.

- Le dol spécial exigé par certains auteurs, notamment par Garraud (67), qui suppose la volonté de se procurer, à soi-même ou à autrui, un bénéfice illégitime. On a vu que la jurisprudence n'exige pas, tant en ce qui concerne le dol civil que le dol criminel, un contrat lésionnaire. Aussi, dans leur domaine commun, le dol spécial résulte-t-il le plus souvent du dol général puisqu'il consiste dans la connaissance et la volonté de conclure un contrat contre la volonté du co-contractant.

L'élément intentionnel est une condition stricte de la sanction du dol criminel. L'imprudence et la négligence excluent donc toute sanction pénale (68). Mme Delmas Marty note (69), avec raison, que la vie des affaires permet difficilement de distinguer l'imprudence de l'intention délictueuse. "Aussi, ajoute-t-elle, les tribunaux sont-ils amenés à considérer comme frauduleuse certaines imprudences graves,surtout lorsqu'elles émanent de professionnels". La jurisprudence fait quelques applications de cette opinion (70). Ce n'est pas l'élément intentionnel qui permet une distinction précise des deux dols puisque, par exemple, de la même manière, l'intention dolosive peut, dans l'article 1116 du code civil, résulter de la répétition de simples négligences du professionnel de la vente ou de la

---

(66) - Merle et Vitu, op. cit, n° 444.
(67) - Garraud, op. cit., t. 6, n° 2571.
(68) - Crim. 28 avril 1964, Bull. crim, n° 130, J.C.P. 64, éd. G. IV, 82.
(69) - Delmas Marty, op. cit., p. 167.
(70) - ex : Crim. 17 février 1970, Bull. crim. n° 67 J.C.P. 70, éd.G. 93 (en matière de chiromancie, malgré sa bonne foi, par la nature des procédés, l'escroc montre le plus grand mépris pour l'intelligence de la victime).

fabrication. La perception jurisprudentielle de l'intention, la situation faite au professionnel, sont sensiblement identiques. La présomption de connaissance et de mauvaise foi du professionnel est, cependant, moins évidente dans le dol criminel. Le juge hésite certainement à faire acte d'arbitraire, étant donné les sanctions énergiques qui en résultent dans la personne de l'auteur.

239 Ainsi délimité, le domaine général de l'escroquerie apparaît très proche de celui du dol civil. Le dol criminel constitue un dol civil mais l'inverse n'est pas toujours vrai. La jurisprudence effectue la distinction d'après la seule gravité des manoeuvres (71). La différence ne peut s'expliquer logiquement, si on suppose l'intention coupable identique, que par des raisons de politique criminelle : l'aspect social de l'escroquerie en fait un délit plus grave, plus sanctionnateur que le simple délit civil. Le dol de l'article 1116 du code civil conserve toujours, de manière prépondérante, son aspect de vice du consentement. La non exigence actuelle d'un préjudice dans l'escroquerie est révélatrice de la signification actuelle de cette notion. Contrairement à une opinion fréquente, le délit n'est pas essentiellement une atteinte à la propriété mais plutôt une infraction contre la loyauté. Il constitue alors une arme essentielle de protection de la victime. Cette idée dévoile le point commun des deux dols : ils constituent, chacun, un moyen de création fausse ou d'exploitation d'une confiance légitime. La sanction vise principalement cette atteinte. La lésion de la propriété peut exister et être sanctionnée mais indirectement, accessoirement. Le dol civil présente une structure parallèle au dol pénal puisque, constituant essentiellement un délit contre la loyauté commerciale, il subit toujours l'interférence de son aspect de vice du consentement. L'intention est, à elle seule, insuffisante à constituer le délit ; pour cette raison, par le correctif de la gravité des manoeuvres, la loi et le juge limitent l'admission du mensonge

---

(71) - En ce sens, M. Bouloc parle de "manoeuvres plus caractérisées" (n° 46, op. cit.).

ou de simples présomptions dans le régime de l'article 405. Le domaine général de l'article 405 du code pénal ainsi délimité est susceptible de fréquentes applications à la vente commerciale. Son usage paraît notamment acquis dans des domaines spécifiques de la vie des affaires qui constituent une jurisprudence très particulière, peu à peu détachée de ce cadre général.

SECTION 2 Les applications particulières de l'article 405 du code pénal à la vente commerciale.

240 La vente commerciale, malgré la variété des applications de l'article 405 du code pénal qui y sont faites, a permis de créer quelques catégories d'escroqueries qui ont acquis leurs caractères propres : l'escroquerie à la publicité (§ 1), dans la vente à la boule de neige (§ 2) et à la charité (§ 3).

§ 1 : L'escroquerie à la publicité :

241 Les abus de la publicité étant apparus simultanément avec le développement de cette technique de stimulation de vente, on a voulu, faute parfois d'autres textes, les réprimer à l'aide de l'article 405 du code pénal. Les hypothèses sont aussi fréquentes que variées. Il s'agit ainsi de l'individu qui propose, par voie de presse, circulaire, prospectus, réclame commerciale, un talisman, un produit aux propriétés miraculeuses, un appareil pour rectifier le nez... Les annonces sont, le plus souvent, présentées fort habilement, notamment, dans le domaine para-médical, avec des photographies et détails, dans un jargon pseudo médical propre à tromper la dupe. L'habileté de ces vendeurs n'a d'égal que la naïveté de leur clientèle potentielle. L'admission juridique de l'application de l'article 405 du code pénal à ces hypothèses soulève une question essentielle. L'escroquerie suppose une remise à la suite de manoeuvres émanant de l'escroc. Il est,

donc déjà nécessaire de supposer que la manoeuvre n'émane pas d'un tiers mais de l'auteur de la fraude. La question est alors la suivante : la publicité trompeuse constitue-t elle une manoeuvre frauduleuse au sens de l'article 405 du code pénal? A cette interrogation, la doctrine répond presque unanimement de façon négative (72). Quels sont ses arguments ?La publicité n'est rien de plus qu'un mensonge, un mensonge imprimé, mais de même force. Or, le mensonge ne tombe sous le coup de l'article 405 du code pénal que s'il s'y joint un acte matériel, un fait extérieur,une mise en scène lui donnant, dit la jurisprudence, "force et crédit". Or,le support publicitaire n'est pas extérieur au mensonge car il se confond avec lui.

Ces opinions sont en opposition fondamentale avec la jurisprudence qui affirme que "la publicité organisée dans de nombreux journaux ne constitue pas de simples mensonges écrits mais une véritable organisation de publicité de nature à leur donner force et crédit et présentant ainsi le caractère de manoeuvres frauduleuses" (73). La jurisprudence est actuellement certaine, M. Blondet classe les décisions en trois catégories (74).

- Les premiers arrêts relèvent à la charge du prévenu une publicité mensongère et d'autres machinations et jugent que le délit est constitué mais, il est douteux que le mensonge aurait, à lui seul, motivé la condamnation.
- La deuxième catégorie est d'une plus grande autorité : les décisions sont intervenues dans les mêmes circonstances de fait mais les juges ont spécifié qu'ils retenaient la publicité mensongère et la qualifiaient de manoeuvre frauduleuse.
- Les dernières décisions judiciaires sont celles, particulièrement évidentes, qui motivent uniquement la condamnation sur la publicité mensongère déployée par l'escroc.

---

(72) - Garçon, op. cit., n° 28 ; Garraud, op. cit, n° 2553 ; Chavanne, fasc. préc. n° 116 ; Vouin note sous Crim. 7 mai 1951, D. 51, J. 489.
(73) - T. corr. Laval 22 novembre 1940, préc.
(74) - Maurice Blondet, L'escroquerie à la publicité, D. 53, chron.133.

L'auteur défend la jurisprudence dominante à l'aide d'arguments convaincants. La manoeuvre, dit la doctrine, doit être extérieure mais comment définir cette extériorité ? Les auteurs sont embarrassés car, poursuit M. Blondet, leur critère juridique est dépassé : la jurisprudence qualifie de manoeuvre frauduleuse la production de lettres à en-têtes imprimés pour faire croire à l'existence d'une fausse entreprise, il en est de même de la production d'une comptabilité truquée à l'appui de la vente d'un fonds de commerce (75). Ces pièces n'ont pas de force probante intrinsèque et ne valent que ce que valent les déclarations de l'escroc. Pour M. Blondet, la jurisprudence serait passée à un critère "psychologique" : écartant la tromperie loyale, le juge cherche dans la psychologie des "petites gens", faisant confiance aux médias, si l'acte de publicité inspire une confiance que l'escroc n'aurait pas obtenue de lui-même, pour le qualifier d'extérieur. De fait, le choix de ce critère explique les incertitudes des tribunaux, conduisant à des solutions variées et peu homogènes. Mais, surtout, l'idée de confiance légitime sciemment trompée rappelle le dol civil et, civil ou pénal, le dol se caractérise, de mieux en mieux, par ce trait.

243 Actuellement, la publicité mensongère est spécifiquement incriminée par la loi du 2 juillet 1963, modifiée par la loi du 27 décembre 1973. Son application avant la dernière réforme, laissait souvent à désirer et, face aux nombreuses violations de la loi, le bilan des poursuites n'était pas satisfaisant. Il est, d'ores et déjà, difficile de se prononcer sur la valeur pratique de la réforme mais l'article 405 du code pénal conserve, en la matière, une utilité évidente de complément. En matière de publicité, le juge applique largement le critère de la confiance créée et trompée. L'affirmation publicitaire directe consomme l'escroquerie lorsqu'elle se réalise par voie de presse émanant même indirectement de l'escroc de par la confiance accordée par le lecteur à son journal. L'organe de presse constitue alors, véritablement, un tiers qui s'interpose entre l'individu malhonnête et le lecteur confiant (76). La loi nouvelle sur la

(75) - Blondet, chron. préc. jurisprudence citée, p. 134.
(76) - T. corr. Cholet 16 décembre 1949, Rev. sc. crim. 50, p. 236.

publicité trompeuse devrait, certes, réduire les cas d'application, à la publicité, de l'article 405 du code pénal, les dangers des techniques publicitaires sont assez réels pour ne pas, cependant, abandonner une arme supplémentaire de répression des abus les plus flagrants.

§ 2 : L'escroquerie à la boule de neige :

244 Si cette application particulière de l'article 405 du code pénal à la vente a perdu de son actualité, elle n'en demeure pas moins révélatrice de l'attitude judiciaire en la matière. La technique de la vente à la boule de neige est connue : le contrat est assorti d'une clause par laquelle le vendeur promet de donner gratuitement une marchandise ou d'accorder une importante réduction à la personne qui pourra réunir un nombre déterminé d'acheteurs qui, eux-mêmes, renouvèleront l'opération dans des conditions similaires (77). La vente d'un objet à bas prix sans condition d'inscription de nouveaux clients y est assimilée. L'astuce et la tromperie résultent de la progression géométrique de la croissance du nombre des dupes (78). Ainsi, dans une espèce jugée en 1951, (79) le nombre des souscripteurs à la dixième série atteignait le million, l'offre de remise était donc tout à fait illusoire, étant donné l'impossibilité de placer les coupons sur un marché saturé.

Les tribunaux civils qui ont eu à connaître ces déboires ont déclaré la vente à la boule de neige nulle pour absence de cause (80), pour impossibilité de la condition ou immoralité du contrat. La question s'est surtout posée au pénal : cette forme de vente constitue-t-elle l'escroquerie ?

---

(77) - Dic. Perm., Vente com., n° 81.
(78) - Crim. 27 janvier 1968, J.C.P. - C.I. 66 - 78602 ; Guy Raymond, chron. préc. (pour un exemple chiffré, p. 753).
(79) - Crim. 7 mai 1951, D. 51,489, note Vouin.
(80) - Maillon, La vente boule de neige constitue-t-elle une escroquerie, au sens de l'article 405 du code pénal ? G.P. 51,1,36 ; cf. T. corr. Seine 20 juillet 1901 et 19 novembre 1901, S. 1904, 2,49, note Wahl ; T. corr. Roubaix 2 mai 1900 inédit.

La controverse peut paraître dépassée dans la mesure où la loi du 5 novembre 1953 en fait une infraction spécifique, distincte de l'escroquerie et punie de peines plus faibles (81). La loi dépasse, d'ailleurs, le cadre strict de la boule de neige pour incriminer ainsi : "tous autres procédés analogues consistant en particulier à offrir des marchandises au public en lui faisant espérer l'obtention de ces marchandises à titre gratuit ou contre remise d'une somme inférieure à leur valeur réelle et en subordonnant les ventes au placement de bons ou de tickets à des tiers ou à la collecte d'adhésions ou d'inscriptions". Constitue ainsi, par exemple, la vente à la boule de neige l'offre de pelotes de laine, à un prix inférieur à la normale, à la condition que le client obtienne de nouvelles commandes passées par des clients tenus à la même obligation (82). Quant aux "procédés analogues" que vise la loi, ce sont les moyens employés par les commerçants pour arrêter la chute de la boule de neige qu'ils ont lancée comme, par exemple, le fait d'organiser les souscriptions de façon à ce qu'elles ne dépassent pas le nombre des articles que le professionnel veut placer (83). L'utilisation du terme "analogue" est révélatrice par sa rareté dans un texte pénal. Le recours à l'analogie, pour dangereux qu'il soit du point de vue de la légalité des délits et des peines, autorise une large répression. En ce sens, M. Chavanne y intègre les "clubs" d'acheteurs inspirés de la pratique commerciale anglaise (84).

---

(81) - 11 j. à 1 an d'emprisonnement et 3.000 à 30.000 F. d'amende.

(82) - Crim. 27 janvier 1966, J.C.P. 66 IV 35 - D. 66 Som.55 - R.D.C. 66,635 obs. Hémard - 744, obs. Bouzat - Bull. crim. n° 26, p. 49 ; T. com. Seine 19 juin 1956, J.C.P. 56 II 9657, note Larguier - R.D.C. 57,161 n° 9, obs. Hémard et jurisprudence in J.C.L. - pén. n° 38 et 40.

(83) - Toulemon La vente boule de neige limitée, G.P. 1952,2,doct. 40 ; Chavanne, fasc. préc. n° 143 ; T. corr. Troyes 7 mars 1952, R.D.C. 1952, p. 659, obs. Bouzat, G.P. 52,1,356 ; Paris 7 janvier 1953, J.C.P. 1953 éd. G IV 134 - D. 53,135 - G.P. 53,1,227 Rev. Sc. Crim. 1953, p. 312 et 499.

(84) - Chavanne, fasc. préc., n° 143.

245 La discussion doctrinale sur l'admission ou le refus d'appliquer l'article 405 du code pénal à ces abus commerciaux fut vive. Son intérêt actuel est de souligner, si besoin est, le caractère protéiforme de l'escroquerie (85). La vente à la boule de neige constitue-t-elle la promesse d'un évènement chimérique en dehors de toute autre manoeuvre, ainsi qu'une partie de la doctrine l'admet ? La jurisprudence, dans le souci évident de protection de l'acquéreur, n'a pas hésité à qualifier le procédé d'escroquerie (86). La loi de 1953 le réprime, ensuite , "sans préjudice" le cas échéant des peines plus sévères de l'article 405 du code pénal. Le texte peut donc actuellement toujours s'appliquer à certaines hypothèses de ventes à la boule de neige. La jurisprudence antérieure à 1953 est partiellement condamnée par le législateur : il est certain qu'elle présentait certains aspects d'arbitraire par la déformation de l'article 405 du code pénal qu'elle entraînait. Le contrat peut, parfois, constituer le délit mais la loi de 1953 renvoie désormais le juge au droit commun de l'article 405 du code pénal. La jurisprudence antérieure admettant la constitution du délit en dehors de toute autre manoeuvre est exclue (87). L'oeuvre judiciaire n'a pas été inutile puisqu'elle a permis le vote de la loi de 1953, élément supplémentaire dans la construction d'un système de protection du contractant contre la déloyauté, l'erreur provoquée.

§ 3 : L'escroquerie à la charité :

246 L'escroquerie à la charité consiste à attirer la pitié

---

(85) - Pour reprendre l'expression de Garraud, Traité, t. VI, n° 316.
(86) - Exemples : Cass. Crim. 7 mai 1951, J.C.P. 51 II 6305 et 6314 notes Colombini - D. 51,489 note Voirin - S. 52,1,21, note Legal Rev. Sc. Crim. 1951, p. 524, obs. Bouzat, S. 51, chr. 51 ; Agen 8 novembre 1951, J.C.P. 51,II 6575 - D. 51,761 - G.P. 51,2, 378 ; Lyon 24 décembre 1952, J.C.P. 53 II 7567 ; Toulemon, Le problème de la boule de neige, Rep. Commaille 1953, p. 43 ; Tallebeck, Rev. Dr. Pén. et crim., 1950,51, p. 1076 et 1951, 52, p. 424.
(87) - Chavanne, fasc. préc., n° 143.

du public afin, par une mise en scène particulièrement anormale, de le conduire à acquérir un bien, souvent à des conditions financières présentées comme philantropiques. Cette forme de vente revient à prétendre faussement que l'objet est fabriqué par des infirmes quels qu'ils soient ou, encore, que les bénéfices tirés de la vente sont affectés à une oeuvre d'intérêt charitable. Le procédé est dangereux. Du point de vue individuel, l'atteinte sérieuse à la confiance qu'il opère est choquante ; la volonté est gravement atteinte. D'un point de vue général, il draine actuellement, au profit d'escrocs, des sommes considérables d'argent, quand bien même le préjudice pécunaire individuel serait faible. Il témoigne, ensuite, d'un mauvais climat commercial. Procédé en voie de développement, "il convient, dans ces conditions, d'apprécier sans indulgence l'ensemble des faits incriminés en raison, dit une décision (88), du danger social certain présenté par de tels agissements qui risquent de tarir les possibilités de la charité publique". M. Garçon, recherchant les possibilités d'application de l'article 405 du code pénal à cette hypothèse, constate,non sans ironie (89) : "Personne apparemment ne soutiendra que le seul fait de se dire pauvre et nécessiteux, sans l'être, constitue l'emploi d'une fausse qualité". La jurisprudence, cependant, dans un souci de répression et de protection, considère que l'escroquerie est réalisée lorsque des mensonges s'accompagnent de manoeuvres visant à faire croire à "l'existence d'entreprises d'intérêt général et employées sciemment pour donner confiance au public" (90).

247 Les formes de cette vente sont variées et présentent deux catégories de supports, l'entreprise commerciale se dissimulant sous une apparence d'oeuvre philantropique :

- Le fabricant fait croire que ses produits sont fabriqués par des aveugles ou des infirmes (91) alors que l'allégation est fausse. L'es

(88) - T. corr. Seine 22 mai 1962, D. 62,525.
(89) - Garçon, Code annoté, 1959, n° 1011, P. 148.
(90) - T. corr. Seine 22 mai 1962, préc. ; Crim. 3 juin 1914, Bull. crim. n° 285 ; Crim. 25 mars 1950, Bull. crim. n° 304.
(91) - Vouin, op. cit., n° 47 et jurisprudence citée ; Pradel Rev. Trim. Dr. et Soc. 1965,1 ; Bouzat, Rev. Sc. Crim. 1969, 411 ; Chavanne, fasc. préc., n° 94 et 106 ; Bouloc, op. cit, n° 139 140.

croquerie est constituée sous la forme d'une mise en scène (92).

- Le fabricant recourt, dans une proportion mineure, à quelques infirmes,parmi son personnel, pour créer le produit, à des conditions peu onéreuses (93). M. Petit constate, cependant, (94) la rareté des poursuites en ce genre d'affaires car, souvent, l'escroquerie n'est jamais découverte mais, aussi, parce que le préjudice individuel est faible.

La jurisprudence, face aux possibilités que lui offre l'article 405 du code pénal fait pourtant preuve du maximum de sévérité. L'organisation parallèle d'une publicité renforce cette sévérité et la tendance jurisprudentielle s'accroit à mesure que cette publicité devient plus officielle (95). L'utilisation, pour faire vendre des produits prétendument fabriqués par des aveugles et vendus à leur profit, de tracts publicitaires et de remises aux courtiers de cartes de délégués constitue l'escroquerie (96). Un assainissement de la profession est, bien certainement, souhaitable. A cet égard, rejetant le contrôle de la raison sociale de ces entreprises lors de leur inscription au registre du commerce, M. Le Clère propose l'établissement d'un contrôle financier (97) ce qui, compte tenu de l'activité de ces firmes, serait efficace. Le législateur, invoquant la liberté du commerce, écarte cette proposition. Pour regrettable que soit cette lacune, elle se justifie par les exigences de la vie des affaires. La loi du 5 juillet 1972 relative aux publications, imprimés et objets vendus dans un souci philantropique ne la comble que partiellement,confirmant le rôle du délit d'escroquerie.

---

(92) - Crim. 25 mars 1958, Bull. crim. n° 304 ; 4 novembre 1969, D. 70, 169 ; Crim. 10 juillet 1968, J.C.P. 68 IV 156, D. 69,50 ; T. corr. Seine 25 février 1967, Rec. Dr. Pén., 68, 212.

(93) - Crim. 4 novembre 1969, préc. ; T.G.I. Seine 19 novembre 1965, 2° esp. et 4 février 1965., J.C.P. 65, éd. G. IV 123 ; T.G.I. Seine 14 janvier 1967, J.C.P. 67 IV, p. 150.

(94) - Petit "L'exploitation commerciale de la charité publique", G.P. 62 - 1, Doct. 41.

(95) - Cass. Crim. 29 mars 1918, Bull. crim. n° 74.

(96) - Cass. Crim. 10 juillet 1968, préc.

(97) - Le Clère, note sous T. corr. Seine 22 mai 1962, D. 62, J. 525.

248 Le cadre général de l'article 405 du code pénal permet d'atteindre de nombreux types d'escroquerie. La vente commerciale, par son actualité et sa fréquence, utilise souvent cet instrument. Les formes spécifiques d'escroqueries concernées sont, en fait, plus nombreuses que celles précitées mais, pour chacune d'elles, l'atteinte au consentement est si évidente, si choquante que le juge, se référant à une notion encore floue de confiance légitime, a appliqué, presque sans hésitation, les sanctions de l'article 405 du code pénal. Pour cela, il a dû malmener les éléments du texte pénal malgré le principe de la légalité des délits et des peines et son corollaire, l'interprétation restrictive des textes répressifs. La fausseté de la situation et les limites nécessaires de cette extension expliquent l'intervention systématique du législateur dans ces domaines : loi de 1963 relative à la publicité mensongère, loi de 1953 sur la vente à la boule de neige et loi de 1972 concernant les ventes philantropiques. L'article 405 du code pénal conserve une utilité indiscutable : il pallie les lacunes éventuelles d'un texte trop précis pour envisager toutes les formes de déloyauté que suggère à l'escroc son imagination et constitue une arme de dissuasion par son aspect social grave.

249 Le combiné dol - escroquerie, malgré ses avantages, ne suffit pas, actuellement, à sanctionner les abus commerciaux et à protéger le contractant dupé, lésé dans son consentement. Les deux textes sont trop généraux et souffrent de leur rattachement exclusif soit au droit civil, soit au droit pénal. Le législateur contemporain l'a compris qui multiplie ses interventions ponctuelles afin d'assurer un contrôle plus précis des procédés de vente (titre 2).

TITRE II LA PROTECTION CONTRE LA DELOYAUTE DANS LA VENTE COMMERCIALE PAR LE CONTROLE DES TECHNIQUES DE VENTE.

250 L'insuffisance de la protection assurée par le système dit "classique" de lutte contre la déloyauté est certaine, à l'heure actuelle. L'interprétation stricte du droit pénal, tout comme la souplesse du texte civil, sont deux directions opposées conduisant à un résultat identique : la licéité de nombreuses manoeuvres commerciales, pourtant déloyales et agressives. Leur contrôle spécifique s'impose. Avant même de rechercher le contenu exact de la qualité de l'objet de la vente, le commerçant, qu'il s'adresse à un professionnel ou à un profane, prépare la vente, répondant ainsi à la question : comment vendre ? Dans cette démarche, deux stades sont chronologiquement à considérer :

- L'acquéreur est stimulé, conditionné à l'achat, par l'emploi, actuellement systématique, de la publicité lato sensu. Cette technique suppose, d'abord, la révélation au public du produit, de ses qualités et, ensuite, la création parallèle du besoin de l'achat.

- L'opération de vente se réalise, ensuite, entre les contractants. Ici, à nouveau, la loyauté, condition de la moralité des affaires, est à sauvegarder.

251 Les lacunes du système classique tiennent, certes, au fait que les limites tolérées de la déloyauté ne sont pas entendues de manière suffisamment sévère par le législateur ou par le juge. Mais, son inadéquation est plus grave : la nature de l'intervention juridique est en cause. L'article 405 du code pénal et l'article 1116 du code civil sont des textes d'application générale qui n'ont pas été établis en vue de régler spécifiquement la vie des affaires. Or, l'imagination

des commerçants a toujours eu un pas d'avance sur celle du législateur et sur l'action judiciaire.

Du strict point de vue du consentement, la déloyauté dans la promotion commerciale provoque chez l'acquéreur une erreur d'intensité variable. Le vice du consentement existe certainement mais, comparé à celui qui, par les articles 1110 et 1116 du code civil, autorise la nullité du contrat, il est de nature bien plus variée, ne serait-ce que par sa gravité moindre. Mais, surtout, il est quasi permanent, intégré, voire toléré, par la pratique. La considération du consentement a cependant été rendue possible car au préjudice de la victime s'ajoute, du fait même de la déloyauté, la volonté de protection de la concurrence.

La solution a consisté à multiplier des textes adaptés à la vie commerciale, notamment au contrat de vente. Le danger atteignant principalement la promotion commerciale, le législateur s'est attaché à sanctionner les abus de la publicité mensongère (chapitre 1°). Le complément logique de cette action est la réglementation, voire l'interdiction, des procédés douteux de vente (chapitre 2).

CHAPITRE I - LA LUTTE CONTRE LE MENSONGE PUBLICITAIRE.

252 La publicité peut se définir, techniquement, ainsi (1) : "La publicité est l'ensemble des moyens destinés à informer le public et à le convaincre d'acheter un produit ou un service". Son action est révélatrice du dynamisme de la vie des affaires qui ne peut se suffire d'une position d'attente. C'est une vérité d'évidence que de qualifier la publicité d'omniprésente. Son existence paraît même naturelle. Pourquoi la contrôler ou la sanctionner ? Simplement parce qu'elle est susceptible d'abus. Quelle est la place du contrôle exercé quant à l'objet de cette étude ? La technique publicitaire se situe à deux niveaux : la concurrence, d'une part, les rapports vendeur-acquéreur, d'autre part. La répression de la publicité mensongère ne peut s'insérer dans un système de protection du consentement que si elle est susceptible d'agir sur ce dernier. L'étude de la protection ainsi réalisée (section 2) suppose donc la détermination préalable de l'atteinte au consentement opérée par la publicité (section 1).

SECTION 1 - La nécessaire sanction des abus de la publicité commerciale.

253 La controverse relative aux bienfaits de la publicité est célèbre mais les arguments opposés ne sont pas tous connus ; il convient notamment de séparer ceux qui concernent la publicité en tant qu'arme de concurrence, de ceux qui la considèrent dans ses effets sur le consentement. Le législateur tend, de plus en plus, à répondre à cette querelle dans un sens favorable au public.

---

(1) - Robert Leduc, La publicité, une force au service de l'entreprise, Paris, 1973, p. 3.

§ 1 : L'Action publicitaire et la protection du consentement :

254 L'individu ne peut rester neutre face à la publicité ; quel qu'il soit, il constitue un acheteur potentiel que le publicitaire veut atteindre dans son intégralité. Mais ce dynamisme pose la question : la publicité est-elle bonne ou mauvaise ? En 1912, déjà, M. Rouast la condamnait en ces termes : "La réclame ne se dissimule plus, elle éclate au grand jour, mais elle vous suit pas à pas, elle s'impose à vous à chaque instant... Bref, c'est un cauchemar, une idée fixe qui s'impose à vous, malgré vous, et qui devient une force agissant à votre insu pour vous déterminer dans vos achats à choisir le produit vanté". L'acuité de la controverse résulte de l'extraordinaire développement de la publicité, lui-même lié à la multiplication et au développement de l'audience des médias. La raison d'être et l'évolution de cette technique ne s'expliquent que par son utilité pour le commerçant. Initialement conçue comme telle, elle demeure une arme de concurrence, existant au profit direct du commerçant. Produisant cependant ses effets sur l'acheteur, celui-ci s'est vite posé en situation de victime. La défense de la publicité a été effectuée par ses utilisateurs qui ont voulu lui confier une fonction plus altruiste. Quelques idées expriment ce courant.

255 A - La publicité informe :

Elle permet au professionnel de distinguer, à l'intention de la clientèle, sa production. La fonction d'identification a été évoquée précédemment par la notion de publicité informative. Elle constitue, dit-on, de façon complémentaire, une véritable information du public sur les qualités du produit. La réglementation du droit des marques, labels, appellations et la surveillance de la qualité supposent et garantissent cette fonction. Mais, elle est, elle-même, souvent déniée à la publicité par cette simple constatation qu'on ne peut objectivement parler du produit que l'on fabrique ou vend soi-même. L'étude de la publicité informative nuance quelque peu ces doutes : la publicité informe, insuffisamment, certes, mais réellement.

B - La publicité est un facteur de progrès :

256 "Ceux qui ne croient pas à la publicité sont ceux qui, en 1890, ne croyaient pas à l'automobile". Ce célèbre slogan, lancé par les publicitaires, il y a quelques années, souligne cet avantage escompté de la publicité commerciale. Facteur de progrès, car elle est, tout d'abord, indispensable à la vente, rares sont les produits qui s'en passent : salade, pain ou sel... Elle conditionne le développement des échanges et, par là même, favorise le développement économique. Par ailleurs,avec la multiplication des transactions, elle entraîne un abaissement des prix de revient au profit de chacun. Enfin, la publicité,qui compare des productions, tend à l'amélioration de leur qualité par la saine émulation qu'elle crée inévitablement (2). En réalité, répondent les détracteurs de cette technique, celle-ci ne fait que créer des besoins, donc accroître l'insatisfaction : à un récent sondage de l'I.F.O.P., 69 % des Français interrogés ont déclaré que la publicité "faisait acheter des produits dont on n'a pas besoin". Par ailleurs, l'émulation évoquée entraîne plutôt un nivellement de la qualité des produits vers un archétype très moyen, créateur de fausses innovations et pas nécessairement désiré.

C - La publicité est un moyen de communication.

257 Ainsi, le mot publicité s'oppose-t-il à ce qui est secret. Elle n'aliène pas mais autorise un véritable dialogue entre le fabricant ou le vendeur et le client par l'intermédiaire de la publicité qui met en présence diverses opinions relatives au produit. Cette fonction est violemment critiquée, notamment par les associations de consommateurs (3) : la publicité ne peut être totalement objective car, en soi, elle ne peut qu'être persuasive. Elle crée des comportements et ce conditionnement choque la liberté individuelle. L'irréductibilité de cette opposition tient à cet aspect du problème : la situation, économique, a été caractérisée par une essence morale ce qui, note M. Quesnel, est l'avantage essentiel de la "publiphobie" (4)

---

(2) - M. Bleustein Blanchet, Le Monde du 21,1,1973.
(3) - Que choisir ? 7 raisons d'être publiphobe,n° 99, p. 4.
(4) - Louis Quesnel "La publicité et sa philosophie", Communications, p. 56, n° 17.

Les revues de consommateurs en font le point fort de leur critique. Ainsi, peut-on lire dans l'une d'elles (5) : "la publicité consiste, pour l'essentiel, à tenter d'imposer aux consommateurs les produits déjà fabriqués. Destinée, dans son principe, à servir l'intérêt des vendeurs, elle constitue, dans sa forme, une violence. Elle n'est généralement ni achetée, ni recherchée pour elle-même".

A titre anecdotique, il convient de noter que les éloges adressés à la publicité ne concernent pas ce seul aspect de la protection individuelle. Elle permettrait également d'améliorer, l'argument est de mode, l'environnement. A la critique selon laquelle la publicité pollue, M. Renaudin (6) répond : "Imaginons que toute publicité disparaisse de notre vie : notre environnement serait transformé, nos murs seraient vides, nous vivrions dans un mode monotone, sévère et triste. Toute communication entre producteurs et consommateurs, entre l'offrant et le demandeur aurait disparu. Ce serait, bien entendu, la fin du matraquage et du bourrage de crâne, si souvent dénoncés, mais la fin, aussi, de l'information, du renseignement et des relations économiques".

258 Cette accumulation d'éloges ne s'explique que par un mouvement parallèle de critique et de suspicion à l'encontre de l'action publicitaire. La réaction part, inconsciemment, de l'analyse de la publicité en un moyen de concurrence, en une technique privative accordée au professionnel. Selon cette opinion, elle n'informe pas, au contraire. Elle ment souvent, de façon directe ou par suggestion. L'information réelle peut d'ailleurs ainsi être bloquée par la prééminence de la publicité qui interdit toute communication avec le public. Le progrès n'y est pas lié puisque la publicité coûte cher, avant tout à l'acheteur qui en paie le prix.

259 En réalité, la question est-elle bien posée ? La publicité est-elle au service de la clientèle ? Si la réponse est affirmative, telle qu'elle existe, cette action doit être condamnée. En réalité, elle est indissociable de la vente commerciale, de l'existence de

(5) - Que choisir, op. cit., p. 4.
(6) - Autodiscipline de la publicité, G.P. 75.1. doct. 60.

vendeurs professionnels. La publicité est devenue une condition de bon fonctionnement de l'économie de marché. La production en masse de produits similaires, la concurrence souvent acharnée entre fabricants et vendeurs, d'une part, mais, aussi, d'autre part, le développement des mass médias et l'attitude de plus en plus critique de l'usager, l'imposent à tout commerçant. Il ne peut être question de qualifier la publicité de technique de défense de la volonté de l'acheteur : s'agissant, avant tout, d'une arme de concurrence, elle existe dans l'intérêt du seul professionnel. La confirmation, s'il en est besoin, peut être trouvée dans les travaux préparatoires de la loi de 1963 qui souligne clairement l'appartenance de la publicité aux professionnels de la vente (7). La loi du 29 décembre 1973 est, cependant, bien moins affirmative et démontre, par ses travaux préparatoires (8), le souci de faire de la publicité un des moyens du droit de la consommation.

Il ne s'agit pas de nier la publicité, ce qui est stupide, ni de vouloir sa fin, ce qui est irréaliste, mais plutôt de la contrôler. Elle n'est pas mauvaise en soi, seuls ses abus sont condamnables. L'éducation du public limite souvent ses excès, la meilleurs campagne ne peut sauver un produit mauvais (9). La publicité n'a pas une parfaite réputation mais, selon l'avis autorisé du Président du Bureau de Vérification de la Publicité, ses abus sont rares (10). "On aurait tort, affirme-t-il, de tenir la publicité pour une gigantesque entreprise de tromperie, une forme de mensonge, comme il est dit de la statistique, mais plus virulente et plus efficace. L'ensemble de la publicité n'est pas taré ; elle est insuffisamment informative, exagérement laudative mais elle n'est qu'exceptionnellement malhonnête ; le public ne s'y trompe pas..." Economiquement et socialement utile, la "bonne publicité" est concevable. Il convient donc d'en finir avec

---

(7) - J.O. Déb. A.N. 29 mai 1963 ; Sén., 5 - 6 juin 1963 ; Avis de la Commission de Production n° 292.

(8) - J.O. Déb. A.N. 5 octobre 1973 notamment p. 4144 (La reconnaissance à l'article 46 du droit d'agir des associations de consommateurs va en ce sens).

(9) - Joachim Marcus Steiff, A propos des effets de la publicité sur les Ventes, Communication, n° 17,1971, p. 3.

(10) - Philippe Renaudin, chron. préc., p. 3.

un dénigrement systématique, les efforts professionnels d'amélioration de la vérité publique prouvent la bonne volonté des publicitaires. C'est donc naturellement vers la voie du contrôle des abus de la publicité que s'oriente le législateur français.

§ 2 : Le sens de l'évolution législative du contrôle de la publicité :

260 S'il ne peut être concevable d'interdire la publicité, il n'est pas non plus raisonnable de la laisser s'exercer sans contrôle. Mais, les modalités de ce contrôle sont variables. M. Divier pense en trouver l'aménagement parfait en proposant un contrôle a priori et administratif de la vérité publicitaire (11). Il ne semble cependant pas, et, dans sa préface, M. Bleustein Blanchet abonde en ce sens, que le commerce, ou même le public, gagnent à cette vérification préalable. La souplesse et l'indispensable dynamique commerciales ne pourraient que pâtir d'une réglementation contraignante. L'intervention autoritaire a priori ne se conçoit qu'à l'occasion de la vente de produits délicats (12) ou à l'égard de certains acquéreurs (13).

La liberté traditionnelle du commerce, en France, suggère plutôt une voie moyenne : l'autocontrôle de la publicité par les professionnels, solution choisie en France avant toute sanction répressive spécifique. Au plan national, une association, le Bureau de Vérification de la Publicité, s'efforce d'assurer cette autodiscipline professionnelle (14). Son président, qui assure la synthèse de son action(15), souligne parmi le nombre de ses adhérents la présence de toutes les

---

(11) - Divier, Le mensonge en publicité, Paris 1972, p. 232.
(12) - ex : produits pharmaceutiques.
(13) - Le code des pratiques loyales en matière de publicité recommande ainsi une protection particulière des enfants et des malades.Il en est de même de le législation canadienne.
(14) - On peut en rapprocher l'A.P.C. - association des publicitaires conseils - qui, depuis 1965, rassemble des publicitaires professionnels, afin d'étudier, de diffuser et d'appliquer les règles déontologiques en matière de publicité.
(15) - Op. cit., p. 3. Sur les droits de poursuite du B.V.P. : T. cor. Grasse 30 janvier 1976, G.P. 76,1, 4 avril, p. 7.

agences de publicité, ainsi que de toute la presse, ce qui traduit la volonté des intéressés de se plier à ce contrôle et d'assainir la profession. L'association s'efforce d'étudier et de promouvoir tous moyens afin d'assurer la sincérité de la publicité en liaison avec les objectifs du Code International. Son contrôle s'effectue principalement a priori, avant le lancement de la publicité, en étudiant, avec ses membres, la conformité de l'action avec les buts de l'association. Il peut également agir a posteriori lorsque, saisi, soit par un professionnel ou un acheteur, soit agissant d'autorité, il effectue une enquête pouvant aboutir à une demande de régularisation à l'annonceur, la sanction finale pouvant être la radiation de l'adhérent réticent.

La Charte qui guide le B.V.P. est le Code International des Pratiques Déloyales en matière de Publicité. Le texte a été établi en 1966 par la Chambre de Commerce Internationale. Dans un souci de vérité, le code interdit la publicité induisant en erreur en ce qui concerne les caractéristiques du produit et, pour favoriser la loyauté des transactions, proscrit la publicité abusant de la confiance ou du manque d'expérience de l'usager, tant par omissions qu'ambiguïtés. La publicité est donc appréciée, l'idée est nouvelle, non pas objectivement par sa fausseté mais compte tenu de son influence réelle sur le public. Le Jury International de pratiques publicitaires de la C.C.I. examine les infractions au code, en étant saisi par toute victime de la publicité incriminée. La sanction est surtout morale puisqu'elle consiste en une notification de la décision du Jury par la C.C.I. Les professionnels veulent démontrer leur volonté d'organiser et de sanctionner une véritable déontologie de la profession ; les adhésions croissantes à un système autodisciplinaire le démontrent aisément. Le défaut de cette cuirasse vient du caractère volontaire des adhésions. Or, il est aisé à quelques brebis galeuses de s'insinuer dans une corporation d'accès libéral jetant, avant sanction, le discrédit sur l'ensemble de ses membres. Un contrôle judiciaire a posteriori est indispensable.

261 Le texte de base de ce contrôle reste la loi du 2 juillet 1963, telle que la modifie la loi du 27 décembre 1973, sanctionnant

pénalement et spécifiquement la publicité mensongère. Le retard avec lequel le législateur français a mis fin à une lacune de notre droit est frappant. Avant cette date, le système de répression des abus de la publicité se caractérisait par l'application à une situation très évolutive et, à l'époque, où, faute de répression organisée, les abus étaient aisés, de textes généraux, civils ou pénaux. Leur étude reste utile dans la mesure où la loi de 1963 ne fait pas échec à leur éventuelle application actuelle.

262 Au plan civil, le dol paraît trouver, à cette forme de tromperie, un domaine d'élection (16). Le dol suppose d'abord un élément matériel, une manoeuvre. Le rapprochement avec un fait constitutif de publicité mensongère est aisé puiqu'une allégation mensongère constitue le dol. La faiblesse de l'acheteur, face aux moyens techniques de l'annonceur, permet l'admission de la réticence dolosive. Constitue ainsi le dol le fait d'annoncer faussement sa marchandise comme garantie par une marque dont on posséderait la propriété exclusive et, par ce moyen, faire accepter par son acheteur des prix élevés (17). L'élément moral prête plus à nuances. Le dol, délit civil, n'est répréhensible que s'il comporte l'intention de tromper. La fourniture de renseignements publicitaires faux par simple réticence exclut l'application de l'article 1116 du code civil. La condition selon laquelle le dol doit émaner d'une des parties au contrat n'est pas gênante dans la mesure où le juge admet que le cocontractant participe au dol, l'organise, en est complice ou,même, en a connaissance ou en profite pour que le dol soit constitué (18). Quant, enfin, au caractère déterminant du dol, la condition est certaine et ne pose pas de difficultés particulières d'application à la publicité. D'où vient donc la faiblesse marquée de l'application de l'article 1116 du code civil à l'action publicitaire ? M. Guinchard (19) en résume bien les raisons :

- L'article 1116 du code civil exige la conclusion d'un contrat. Or

---

(16) - Serge Guinchard, La publicité mensongère en droit français et en droit fédéral suisse, Mémoire,Paris 1971, n° 25, p. 70.
(17) - T. com. Seine 23 mai 1907, Gaz. Trib., 12 août 1907,2,447.
(18) - Supra n° 214.
(19 - Guinchard, op. cit., n° 28.

la publicité mensongère peut fort bien tromper sans que l'acte soit conclu ou, surtout, sans que le lien entre l'acte incriminé et le contrat soit déterminé.

- Le dolus bonus est très aisément admis en matière de mensonge commercial et la publicité mensongère en est certainement une des applications les plus caractéristiques.

Il a alors été envisagé d'invoquer les textes de la responsabilité civile, en l'occurrence pour faire de la publicité mensongère un acte de concurrence déloyale (20). L'idée a été largement exploitée par la jurisprudence en raison,notamment,de l'insuffisance de l'article 1116 du code civil. Les conditions sont d'ailleurs aisées à réunir. Deux décisions du Tribunal de Commerce de la Seine soulignent la possibilité d'appliquer l'article 1382 du code civil à la publicité mensongère. Dans la première, (21) le juge déclare que "s'il est en principe licite pour tout industriel de vanter le produit par lui fabriqué ou vendu jusqu'à l'hyperbole même, c'est à la condition, toutefois, que les louanges qu'il se décerne aient lieu sans mise en oeuvre de procédés déloyaux".La portée de ce jugement est amplifiée par la seconde décision (22) où le Tribunal ajoute : "si la publicité est licite, si la libre concurrence permet à chacun de vanter ses produits, elle ne saurait avoir tous les droits ; notamment, elle ne peut user de procédés déloyaux ou excessifs pour détourner la clientèle d'un concurrent".

L'utilisation de la répression de la concurrence déloyale a ainsi permis d'atteindre le dénigrement publicitaire (23) mais aussi les divers mensonges sur les procédés de vente ou les procédés commerciaux comme, par exemple, la suppression de publicité d'un concurrent(24).

---

(20) - J.C. Fourgaux, Publicité et concurrence déloyale, La responsabilité des publicitaires ou des supports, G.P. 1970, Doct. 86 ; J.C.L. com, Concurrence déloyale fasc. XXII, François Gulphe, n° 1 à 13.

(21) - 18 novembre 1953, D. 54, J. 19.

(22) - 20 février 1956, D. 56, Som. 106.

(23) - T. com. Seine 27 février 1956, G.P. 56,1,387 (annonce stipulant, en parlant de roulement : "vous disposerez enfin d'un vrai roulement à aiguilles").

(24) - Lyon 29 décembre 1952, D. 53,156 (suppression d'une enseigne lumineuse) ; Riom 28 mars 1900, Ann. 1901,158 (collage des feuillets d'un almanach où se trouvent les annonces du concurrent).

la publicité d'évènements fictifs telles les fausses faillites (25) ou encore le fait pour un commerçant d'annoncer à tort des prix exceptionnels, de faux rabais (26). La publicité mensongère peut être indirecte, c'est-à-dire s'exercer par voie de mensonge ou d'omission. L'éditeur du titulaire réel du prix Goncourt peut ainsi attaquer en concurrence déloyale l'éditeur qui affiche en gros caractères sur un livre la mention "Prix Goncourt" avec, en petits caractères, les mots "4 voix sur 10" (27). L'objet de la publicité peut, également, atteindre le produit lui-même. Le mensonge porte souvent sur la nature du produit, c'est-à-dire tant son origine, que ses caractéristiques naturelles ou ses qualités(28). A ce point de vue, M. Guinchard distingue (29) les allégations mensongères selon lesquelles le produit serait reconnu par une autorité officielle,des cas dans lesquels cette référence n'existe pas. Les applications à la vente commerciale sont fréquentes. Ainsi,doit être condamné le commerçant qui imite les signes distinctifs des produits du concurrent (30). Enfin, le mensonge publicitaire peut entraîner une confusion sur l'auteur des allégations ou son établissement. La prise de faux titres ou de fausses qualités y apparaît et suggère immédiatement le délit d'escroquerie (31). La confusion entre établissements présente, par contre, des formes plus fréquentes et plus variées. Les hypothèses d'imitations de commerce sont courantes (32) et concernent l'aspect extérieur, la dénomination, l'imitation directe ou indirecte de publicité du concurrent (33).

---

(25) - Orléans 9 décembre 1891, D.P. 92,2,144.
(26) - T. com. Seine 8 janvier 1923, G.P. 23,1,362 ; Paris 7 mars 1959, R.D.C. 60 n° 13, p. 85.
(27) - T. com. Seine 20 mai 1970, G.P. 1970,2,89.
(28) - Fromages de Normandie : T. com. Lyon 7 mars 1951, R.D.C. 1951, p. 755, n° 25.
(29) - Guinchard, op. cit., p. 36.
(30) - Toulouse 7 février 1955, Ann. 1956,61 (imitation d'étiquettes) Paris 17 février 1960, J.C.P. 60 II 11504, note Voulet (imitation de bouteille originale) ; Paris 3 mars 1971, D. 71, 388 (emploi des mêmes couleurs).
(31) - Supra n° 230.
(32) - Encycl. com., V° Concurrence déloyale, n° 147 s.
(33) Encycl. Com., ibid, n° 147.

Les abus réprimés sont variés. L'article 1382 du code civil est d'application constante dans la vie des affaires si les conditions en sont réunies (34)

- existence d'un préjudice réel supposant une situation de concurrence entre demandeur et défendeur.

- réalisation d'un fait dommageable sans que, cependant, la jurisprudence actuelle, conforme à l'évolution générale de la responsabilité civile, continue d'exiger l'intention frauduleuse.

- lien de causalité entre le fait dommageable et le préjudice.

La première condition, à l'évidence, exclut l'intégration des sanctions de la concurrence déloyale dans un système de protection de la volonté. Si le résultat de l'action aboutit, généralement, en faveur de l'usager, elle est, a priori, et pour l'ensemble de son régime, une action privée en faveur des intérêts d'une saine concurrence. Comme telle, elle ne peut être engagée par le public qui n'est pas directement atteint. L'action est une voie parallèle d'une efficacité certaine mais indirecte. Le 9 avril 1930, la Cour de Paris a nettement fait la distinction en des termes toujours valables (35) : La tromperie atteint l'acheteur, la concurrence déloyale atteint le commerçant. A la vérité, il peut arriver qu'une tromperie constitue la concurrence déloyale, c'est ce qui se produit lorsque, par l'apparence de la marchandise ou de sa dénomination, on jette la confusion dans l'esprit de l'acheteur ; il y a là, à la fois, tromperie au regard de l'acheteur et concurrence déloyale envers le concurrent dont on a usurpé le nom ou l'apparence". Les mêmes remarques s'appliquent à l'action préventive en cessation de concurrence déloyale de l'article 2 de la loi du 2 juillet 1963 : une procédure accélérée permet la cessation des agissements reprochés, ordonnée judiciairement sous astreinte.

---

(34) - Sur le contenu des conditions : ibid : n° 91 s.

(35) - Ann. 1930, p. 289. Quand bien même il y aurait coïncidence des deux notions, la licéité de la publicité superlative nuirait par trop à la volonté individuelle ; Sur cet aspect cf J. Hémard, Droit de la concurrence et protection des consommateurs, G.P. 30 novembre 1971 qui prend parti pour une conception très extensive de la notion de technique concurrentielle de vente.

avec publication éventuelle de la décision. L'action, à nouveau, reste réservée aux commerçants, industriels et artisans. Fort heureusement, d'autres voies de droit restent ouvertes au public.

263 Le droit pénal offre à l'acheteur deux actions, l'une d'elle est générale : l'article 405 du code pénal et la seconde est plus particulière à la vie des affaires : la loi du 1° août 1905 relative aux fraudes: L'escroquerie à la publicité est sanctionnée dans le cadre de l'article 405 du code pénal. On a vu, cependant, que les conditions d'admission sont strictes. Sanction rare mais efficace du mensonge en publicité, la répression de l'escroquerie n'en est pas moins souvent inadaptée, par sa lourdeur, à la vie des affaires. La législation des fraudes apparaissant comme plus spécifique a posé, avant tout, des problèmes d'application à la publicité mensongère. La fraude est le fait de tromper ou tenter de tromper un contractant sur la nature ou les qualités substantielles, l'espèce ou l'origine, la quantité ou l'identité de toutes marchandises, au sens de l'article 1° de la loi du 1° août 1905. Dans le même ordre d'idées, l'article 1° du décret du 12 octobre 1972 interdit toute indication, mode de présentation, publicité, qui seraient susceptibles de créer une confusion dans l'esprit des acheteurs de denrées destinées à l'alimentation de l'homme ou des animaux. Lorsque la fraude emprunte un support publicitaire, elle constitue un mensonge à l'égard du public, comme telle, elle doit être réprimée. La généralité de la loi du 1° août 1905 semble l'autoriser mais, alors que la publicité se place avant tout contrat, le texte semble supposer l'existence d'un contrat conclu. De fait, la jurisprudence dominante respecte cette condition prétorienne, réduisant au minimum la protection individuelle qu'accorde cette législation (36). Constituant un dol pénal, la fraude ne suppose cependant pas la réalisation d'un résultat particulier. L'action de la tromperie sur le consentement est présumée par le simple dol et la conclusion d'un contrat. La fraude doit, en contrepartie de sa nature

(36) - Cass. crim. 20 juillet 1912, Bull. crim. n° 415 ; J. Vivez, op. cit. n° 58. alors que les sanctions légales sont sévères : 540 à 27 000 F. d'amende et emprisonnement de 3 mois à un an, pour les sanctions de base.

pénale, être intentionnelle (37).

Quelques textes d'application ont cependant comblé, dans des domaines très spécifiques, cette lacune de la loi du 1° août 1905. C'est le cas du décret du 15 avril 1912 relatif aux produits alimentaires (article 6) ou du décret du 29 mars 1966 (article 4) concernant les produits diététiques et de régime qui ont inclus certaines dispositions relatives à la publicité mensongère. L'article 40 de la loi du 27décembre 1973 relatif aux distributions de primes gratuites s'en rapproche également puisque la prime est alors conçue comme un moyen publicitaire. Enfin, dans le domaine plus particulier des appellations d'origine, la loi du 20 mars 1930 veille à la vérité des dénominations commerciales. Le système répressif, composé de textes trop particuliers ou, à l'inverse, trop généraux, n'étant pas adapté aux exigences commerciales, l'évolution de la publicité a conduit le législateur à définir un contrôle adéquat.

264 La loi du 2 juillet 1963 offre, par le biais d'une loi de finance rectificative, le cadre exact de l'action judiciaire. Elle "interdit toute publicité faite de mauvaise foi comportant des allégations fausses ou induisant en erreur lorsque les allégations sont précises et portent sur un ou plusieurs éléments" qu'elle énumère. La définition du délit, pénalement sanctionné, est vaste puisque visant "toute publicité", englobe, dit la jurisprudence, n'importe quel support publicitaire. L'objet de la publicité est entendu si largement qu'aucune difficulté d'application ne paraît se poser, à cet égard. Le législateur, soucieux de garantir la vérité, sanctionne les infractions des lourdes peines de la loi du 1° août 1905. Enfin, en faveur de la protection individuelle, la loi n'exige pas la conclusion d'un contrat, précision qui, de ce point de vue, rattache la loi au système plus vaste de sauvegarde d'une saine vie commerciale. Cette dernière remarque pose la question du fondement exact de la loi du 2 juillet 1963 et de sa finalité. Un avis de la Commission de Production et des

---

(37) - Malgré une certaine jurisprudence allant jusqu'à présumer la culpabilité de l'auteur de la fraude, infra et J.C.L. pénal, lois annexes, fasc. XXXIX, B n° 84 s.

Echanges, écartant toute considération du public, déclare (38) :"Le problème de la publicité mensongère présente, à côté d'un intérêt moral certain, un intérêt économique considérable, car l'exercice abusif de la publicité n'a pas seulement un effet sur les commerçants lésés, mais a pour conséquence de bouleverser les circuits économiques, risquant, à la limite, de détruire la notion même de concurrence". On a vu que les travaux préparatoires abondaient également en ce sens.

La jurisprudence n'a cependant pas voulu connaître le seul texte de loi et, par un arrêt du 14 janvier 1969, la Chambre criminelle de la Cour de Cassation déclare (39) que l'article 5 de la loi du 2 juillet 1963 a"pour objet la défense des consommateurs et non la protection directe ou indirecte de la profession". L'opinion, exacte, n'est que partielle : il est impossible de déceler exactement ce qui relève exclusivement de la protection du public, de ce qui tend à sauvegarder une saine concurrence. Le mensonge publicitaire atteint l'usager qu'il trompe mais nuit aux concurrents à qui il détourne une part de clientèle, par des moyens douteux. La solution de la Chambre Criminelle exclut, ensuite , toute action d'un consommateur et d'un commerçant contre l'auteur d'une publicité ne l'atteignant pas directement. La coopération des professionnels -et de l'ensemble des consommateurs- souhaitable dans un contrôle a priori de la publicité, devient indispensable a posteriori.

265 L'application du texte montre que le législateur de 1963 n'avait pas résolu toutes les difficultés. M. Bihl,qui en dresse un bilan (40), souligne la faiblesse des poursuites : 500 en 10 années soit 50 à 70 décisions par année. Quelles en sont les causes ? Intrinsèques, par la valeur moyenne de la loi, et extrinsèques, par l'attitude judiciaire :

- La loi est imparfaite et équivoque, ce qui, aux dires de M. Padis(41)

---

(38) - Doct. Ass. Nat. 22 septembre 1963, cité in P. Divier, op. cit.
(39) - J.C.P. 1969, n° 1601, et Fourgoux, D. 69, J. 583.
(40) - Luc Bihl, Publicité mensongère, bientôt dix ans d'application, G.P. 1972,2,p. 432.
(41) - Pierre Padis, La prévention et la répression de la publicité mensongère dans les six pays de la C.E.E. et la Suède, G.P. 1971,2, doct. 472.

résulte de l'élaboration du texte en 1963 : s'agissant d'un compromis entre les supporters des associations de consommateurs et les partisans de la liberté des annonceurs, il n'a pas pris de solutions tranchées. La controverse s'est ainsi élevée à propos de formes subtiles de publicité mensongère. M. Greffe donne l'exemple d'un dessin représentant une bouteille de soda et, à côté, un citron, alors que le produit ne contient que des extraits artificiels : cette hypothèse n'est pas expressément visée par la loi. M. Bihl, en l'absence de jurisprudence, opte pour une application large de la loi.

- Conçue comme un délit pénal, l'infraction a été qualifiée d'intentionnelle. La doctrine n'a jamais songé à réclamer la suppression de cette exigence dans toutes les hypothèses. Mais, à l'exemple de l'évolution de cette condition du dol, la sévérité aurait dû être de règle à l'encontre du professionnel. Le défaut de preuve de l'intention est à l'origine des plus nombreuses décisions de relaxe au détriment de la victime.

- Enfin, l'application judiciaire du texte ne fut pas parfaite. Les observations de M. Bihl sont révélatrices. Trois catégories de produits ont monopolisé l'application de l'article 5 de ladite loi : il s'agit des produits alimentaires, des textiles et des produits paramédicaux. Or, note l'auteur, presque toutes les poursuites auraient pu être faites sur la base d'autres textes : fraudes, marques, escroquerie. Mais les sanctions prononcées, sauf rares exceptions, sont proches de celles frappant de légers délits.Les graves sanctions de la loi de 1905 et l'assortiment de peines complémentaires ne sont pas utilisés . Cette faiblesse choque car la lecture de la presse, la vie, fournissent l'exemple de mensonges flagrants. Un époussetage législatif du texte de 1963 était urgent si l'on voulait éviter de le voir, pour reprendre le mot de M. Bihl (42), "rejoindre au grenier des accessoires répressifs, d'autres épouvantails rouillés qui ne font plus peur à personne". C'est l'oeuvre de la fameuse loi Royer du 27 décembre 1973 relative à l'orientation de la politique en faveur des commerçants et artisans.

---

(42) - Op. cit., p. 435.

266 Le droit français consacre, en cette matière, une distinction importante, fondamentale, entre la publicité mensongère, qui est interdite, et la publicité exacte, qui est licite. La question de l'étendue de la protection du consentement revient donc essentiellement à cerner la vérité, notion entendue de manière très relative par le législateur et le juge, mais, admise comme telle. L'article 44 alinéa 1° de la loi d'orientation réformant l'article 5 de la loi du 2 juillet 1963 fixe singulièrement le contenu de la répression. Est-il possible de définir, à l'attention du public, comme des annonceurs, la "Vérité publicitaire" ?

SECTION 2 - Relativité de la vérité en publicité.

267 La Vérité n'existe pas, cette remarque vaut pour la publicité comme en d'autres domaines. Le mensonge illicite est enfermé dans des conditions légales strictes tenant à son mode de réalisation (§ 1), mais aussi à ses moyens d'expression (§ 2).

§ 1 : La réalisation du mensonge illicite :

Deux éléments réalisent matériellement le mensonge tel que la condamne la loi : il suppose tout d'abord un support matériel : la publicité elle-même, mais, par un souci de protection de l'action publicitaire, la loi énumère les éléments sur lesquels doit porter la publicité incriminée pour devenir illicite.

A Le support du mensonge publicitaire :

268 Le texte de 1963 vise "toute publicité", dans sa rédaction de 1973, il paraît plus large puisque le législateur ajoute "sous quelque forme que ce soit". En fait, l'usager n'y gagne pas et sa protection reste identique. La jurisprudence relative à l'article 5 de la loi du 2 juillet 1963 était elle même la plus large. La seule condi-

tion, évidente, est l'exigence d'une publicité commerciale. Le juge ne s'est pas fait faute de réprimer les abus, qu'il s'agisse d'une simple petite annonce ou d'une grande campagne publicitaire. La presse fait, le plus généralement, les frais de cette tendance. Elle englobe tous les écrits, annonces, avis, imprimés, bons de commande (43), annonces radiophoniques ou télévisées. Le juge y assimile même la carte d'un restaurateur (44). Selon MM. Greffe et Fourgoux, étudiant le cas d'un dessin ou d'une photo sans légende, "ces grimaces de la publicité ne tombent pas sous le coup de la loi" (45). Cette interprétation restrictive est condamnée par MM. Bihl et Guérin (46). En l'absence de jurisprudence précise, cette exclusion se justifie mal. Ce premier élément suppose que l'action publicitaire s'exerce sur un objet déterminé.

B - L'objet du mensonge publicitaire.

269 La longueur de l'énumération légale frappe le lecteur ; elle s'explique pourtant.S'agissant d'un délit pénal, l'interprétation restrictive limite le pouvoir d'appréciation judiciaire. La plus grande attention est alors exigée du législateur qui doit prévoir toutes les astuces commerciales particulièrement variées. Par prudence, en 1963, le Parlement a opté pour un texte apparemment complet et, en 1973, d'autres propositions sont venues combler les quelques lacunes du texte initial (47). Le principe de la légalité des délits et des peines, dans un souci de protection du public, a été quelque peu

---

(43) - Paris 16 mars 1972, J.C.P. 72,2,17081 ; 15 avril 1972 ; G.P. 72,1,407 obs. D.S.
(44) - T. corr. Vesoul 3 décembre 1970, cité in Bihl, inédit.
(45) - J.C. Fourgoux, note sous T. com. Seine 22 janvier 1966, D. 67, p. 17 ; Greffe, J.C.L. com, concurrence déloyale, op. cit. n°18.
(46) - Guérin, note sous Crim. 22 janvier 1970, J.C.P. 70,II,16326 et Bihl, 10 ans d'application, p. 433.
(47) - Ont été ajoutés : l'existence, la teneur en principes utiles, l'espèce, la quantité, le mode de fabrication, le prix et les conditions de vente, les conditions d'utilisation, la portée des engagements pris par l'annonceur, l'identité, les qualités et aptitudes des promoteurs.

malmené : certains termes particulièrement vagues donnent au juge tout pouvoir d'y inclure des caractéristiques qui auraient pu être oubliées. Ce à quoi M. Fourgoux répond qu'il aurait suffit d'énoncer (48) : "est interdite toute publicité comportant des allégations, indications ou présentations fausses de nature à induire en erreur lorsqu'elles sont susceptibles de déterminer ou d'influencer le choix du public". La définition a l'avantage de mettre en évidence le lien entre la sanction et la protection du consentement de la victime . Le texte actuel conduit, il est vrai, à un résultat identique. Quatre catégories s'en dégagent, mais, le délit est constitué dès lors que la publicité touche l'une d'elles.

1) Allégations relatives au produit :

270 Les plus classiques, elles sont fréquemment relevées, notamment en ce qui concerne la nature du produit, sa composition, son origine ou ses qualités substantielles. Constitue ainsi le délit de publicité mensongère le fait de vendre des "gaufrettes à la framboise" sans framboise (49) ou un vin de consommation courante sous l'appellation de "vrai Bourgogne" (50), des poulets de Bresse qui ne sont pas de Bresse (51), des bottes fourrées de laine ne comprenant que de la fibrane (52). M. Bihl démontre parfaitement cette "exploitation du goût du naturel" par des commerçants peu scrupuleux aux dépens d'acheteurs trop confiants. Les ventes de volailles en sont le curieux exemple : c'est le fait de promettre des "poulets de grain élevés à la ferme" ou de "véritables poulets fermière" (53) alors qu'il ne s'agit que d'honnêtes poulets d'élevage . Les textiles sont également fréquemment concernés.

Il en est de même d'un autre terme de cette première catégorie : les qualités substantielles du produit. Son choix ne saurait étonner dans la mesure où, se rapprochant de la notion parallèle incluse dans le dol civil, le concept a subi la même extension au plan

(48) - J.C. Fourgoux, G.P. 71,1, Doct. 208.
(49) - C. Ap. Lyon 22 octobre 1970, cité in Bihl, op. cit.
(50) - C. Ap. Dijon 23 octobre 69, in Bihl.
(51) - T. cor. Albertville 28 septembre 1970, ibid.
(52) - T. corr. Lyon 10 novembre 1965, ibid.
(53) - 1° espèce : T. cor. Rouen 3 juillet 1969 ; 2° espèce : C. Ap. Riom 20 avril 1970, in Bihl.

de la publicité. Les produits alimentaires en fournissent, à nouveau, maints exemples : c'est le cas du commerçant qui vend du pain "cuit au bois" provenant en réalité d'un four à mazout (54) ou du "pain d'antan" de fabrication la plus commune (55), de vins prétendument naturels alors qu'ils sont traités comme des vins ordinaires (56) ou enfin, des classiques tromperies dans les ventes de faux "tapis d'Orient en provenance des douanes centrales" (57).

271 La première catégorie ainsi déterminée ne peut s'apprécier du seul point de vue de la loi du 2 juillet 1963. Quelques exemples des plus frappants le démontrent. M. Greffe souligne, avec raison, que cette catégorie reproduit fidèlement les termes de la loi du 1° août 1905 mais, étant donné le caractère limité des applications de la législation des fraudes à la publicité mensongère, la répétition n'est pas inutile. Les précisions de la loi du 2 juillet 1963, quant aux caractéristiques des produits, sont nombreuses : existence, espèce, quantité, mode de fabrication et, notamment, teneur en principes utiles, énoncé qui rappelle justement la loi du 1° août 1905. Ce dernier texte et la législation relative aux appellations d'origine trouvent toujours, ici, sans préjudice de l'application de la loi du 2 juillet 1963, un domaine de choix. Une circulaire du 1° octobre 1974, adressée par M. le Garde des Sceaux à MM. les Premiers Présidents et Procureurs généraux précise à cet égard (58) que la priorité doit être donnée à l'application de la loi du 27 décembre 1973 sur celle des décrets d'application de la loi du 1° août 1905. Contrairement à ce que précise la circulaire du 20 octobre 1972, le texte général de la publicité mensongère doit être préféré aux textes spéciaux, au moins dans les cas les plus graves.

---

(54) - T. cor. Montauban, 19 juin 1970, ibid.
(55) - T. cor. Seine 23 avril 1966, ibid.
(56) - T. cor. Seine 30 mars 1966, ibid.
(57) - T.G.I. Paris 17 février 1966, inédit.
(58) - Texte : J.C.P. 75 III 42423, 42455 bis ; commentaires Pierre François Divier, Le mensonge en publicité, analyse des précisions apportées par la circulaire du 1° octobre 1974 relative à l'application de la loi du 27 décembre 1973, art. 44 et 46, J.C.P. - C.I. 75 II 11888.

Enfin, il est à remarquer que le mensonge sur la date de fabrication tend à voir augmenter son rôle depuis le décret du 12 octobre 1972 prévoyant l'indication obligatoire de la date de péremption sur certains produits alimentaires préemballés. La première catégorie, ainsi définie, n'est donc pas une innovation mais, par la fréquence des références qui lui sont faites, la multiplicité des textes applicables ne peut qu'augmenter les moyens juridiques de contrôle de la qualité. La deuxième catégorie présente des traits sensiblement plus particularistes.

2) Les qualités (lato sensu) du fabricant, du revendeur, des prestataires ou des promoteurs :

272 L'usurpation de titre destinée à abuser la confiance du public peut être admise comme constitutive de publicité mensongère. La loi du 27 décembre 1973 y a inclu les promoteurs mais, reprochent MM. Doll et Peisse (59), ne parle pas des titres et diplômes : en fait, tout laisse à penser que la jurisprudence va conserver ses tendances répressives. Les produits paramédicaux ou parapharmaceutiques sont souvent concernés par ces hypothèses dans lesquelles la référence à une formation ou à une appréciation imaginaires, mais flatteuses, est tentante. Constitue ainsi la publicité mensongère le fait pour un commerçant de vendre une lotion du docteur Y. qui, bien que réel, n'a jamais été en rapport avec le fabricant (60) ou un "Plan du Docteur" qui en fait n'existe pas (61). C'est également le fait, pour l'animateur d'un cours de couture dont la méthode a simplement été recommandée dans un catalogue de la ville de Paris destiné aux enseignants de se déclarer "agréé par le ministère de l'Education Nationale" (62). La référence à des aptitudes imaginaires est une forme légèrement plus élaborée de publicité mensongère. Constitue le délit l'affirmation de l'existence d'un laboratoire de recherche se réduisant, en

(59) - Doll et Peisse, La nouvelle répression de la publicité mensongère, G.P. 74, Doct. 204.
(60) - T. corr. Grasse 16 janvier 1958, in Bibl.
(61) - T. corr. Strasbourg, 19 juin 1958, ibid.
(62) - Paris 19° Ch. 22 Mars 1973, G.P. 73,1,276, note D.S. - J.C.P. 73,17459, note Divier.

fait, à un étudiant en pharmacie de première année (63) mais ce peut, plus simplement, être le fait de se prétendre fabricant alors que l'on n'est que revendeur. Constitue le délit le fait de se présenter comme l'Association des Fabricants de Bonneterie Troyenne"(A.F.B.T.)" et de proposer des "articles de choix à prix d'usine" alors que les initiales signifient : "André Fouan Bonneterie Troyenne" (64).

Les termes utilisés par la loi sont volontairement vagues. M. Greffe souhaite voir limiter leur application aux titres et diplômes professionnels, la compétence professionnelle étant trop "impalpable" (65). M. Guinchard propose, ce qui paraît plus en harmonie avec la volonté législative, d'appliquer les principes les plus larges dégagés, par ailleurs, à l'occasion de la concurrence déloyale. La décision du Tribunal de Grasse (66) abonde en ce sens. Enfin, il est à signaler que, de même que pour la première catégorie, la loi du 2 juillet 1963 ne fait pas obstacle à l'application de règles ou d'incriminations spécifiques : dol, escroquerie par faux nom ou fausse qualité...

3) Les qualités d'utilisation du produit :

273 Cette catégorie, comprenant les conditions d'utilisation et les résultats attendus du produit, n'est pas modifiée par la loi nouvelle. La nécessité ne s'en fait pas sentir : le caractère large et vague des termes permet d'y englober suffisamment de faits répréhensibles. Les éléments concernés ne sont d'ailleurs pas sans suggérer les vices du consentement, comme le dol et l'erreur: l'erreur sur l'aptitude de l'objet est une des grandes directions actuelles de ce droit, la législation relative à la publicité mensongère traduit, en cette matière, la même tendance extensive. Les applications à l'égard de produits paramédicaux sont très nombreuses. L'aspect vague de la notion de "résultats attendus" a été critiqué par le rapporteur

---

(63) - T. corr. Grasse 13 décembre 1965, in Bihl.
(64) - T. corr. Brest 23 mars 1971, inédit.
(65) - J.C.L. com, concurrence déloyale, fasc. XXII, n° 42.
(66) - Grasse 13 décembre 1965, préc.

de la loi en 1963. Il correspond, certes, mal à la précision souhaitable de la loi pénale mais offre l'avantage de s'adapter aux multiples formes de déloyauté. Il s'agit, par exemple, de l'affaire de la "jupe antigrippe du docteur Nylbac", à l'occasion de laquelle le Tribunal Correctionnel de la Seine a considéré que la fausseté de l'allégation devait être appréciée du point de vue de la catégorie d'acheteurs la plus vulnérable (67). La vente de produits-miracles fournit une riche jurisprudence qu'il s'agisse de pommade antivarice (68) ou de "pierre magnétique du Nord" (69), garantie de bonheur. La loi du 27 décembre 1973 y a ajouté le mensonge sur les conditions d'utilisation du produit, lequel élément aurait pu subsister dans le cadre du précédent.

La loi du 1° août 1905 sur les fraudes parle de "qualités substantielles" et de "propriétés des produits". M. Gallon (70) précise que l'élément correspondant de la loi du 2 juillet 1963 est "plus précis en ce qu'il concerne plus spécialement la raison essentielle pour laquelle la publicité a été conçue". Cet effort de précision caractérise l'action législative dans la détermination de la quatrième catégorie.

4) Les conditions de la vente :

274 La loi du 27 décembre 1973 a ajouté aux éléments édictés en 1963 (les motifs ou procédés de vente ainsi que les engagements professionnels) d'autres éléments : le prix et les conditions de vente, la portée des engagements des promoteurs. Ces termes correspondent aux raisons invoquées par l'auteur des allégations pour offrir de prétendus cadeaux, des conditions de vente apparemment meilleures à l'occasion d'évènements particuliers. Il s'agit, souvent, d'évènements promotionnels ou commerciaux obligatoires. Dans la première série

---

(67) - T. corr. Seine 24 novembre 1965, D. 67,2,52, note Fourgoux.
(68) - T. corr. Grasse 23 janvier 1968, cité in Bihl.
(69) - C. Ap. Chambery 2 juillet 1970, ibid.
(70) - Guy Alexandre Gallon, Le service de la répression des fraudes et du contrôle de la qualité, Thèse Paris 1973, p. 126.

d'hypothèses, très courantes, le commerçant recourt, par exemple, à un concours fallacieux pour attirer le public. La réglementation plus spécifique de la vente avec concours doit, cependant, trouver lieu à application (71). Plus fréquemment, la vente est faussement présentée comme avantageuse, comme un cadeau. "Tous nos produits sont échangés... sauf quand ils ne le sont pas", constate, non sans ironie, M. Bihl (72). Enfin, la vente peut être proposée comme une offre exceptionnelle facultative : constitue le délit le fait de mentionner fallacieusement, lors de la vente de trousseaux à prix fort, sur factures et bons, les termes : "spécial publicitaire" ou "prix publicitaire incroyable" (73), de commercialiser des marchandises "en gros" alors que la marge commerciale est la même que pour le détail (74), de se prétendre seul accrédité pour vendre des tapis saisis par ordonnance de justice alors que cette prétention était fausse (75).

Dans la seconde série d'hypothèses, l'annonceur se prétend faussement obligé de se débarasser de ses marchandises, généralement en raison d'une cessation d'activité, forcée ou volontaire. Outre les sanctions relatives à la réglementation de ce type de vente, la loi du 27 décembre 1973 trouve à s'appliquer (76). Ces derniers éléments complètent la liste précisée en 1973. Limitative d'apparence, elle est en réalité exhaustive par le pouvoir qu'a le juge d'en interpréter certains termes volontairement vagues. Elle assure une satisfaisante couverture des risques du point de vue de l'objet du mensonge. La répression de la publicité illicite suppose, cependant, un second élément constitutif : le moyen d'expression de ce mensonge.

§ 2 : Les moyens d'expression du mensonge publicitaire :

275 Le mensonge consiste, selon le texte de 1963, en "allégations fausses ou induisant en erreur" ; la nouvelle rédaction parle

(71) - Infra n° 304 s.
(72) - Bihl, chron. préc. p. 433 : T. corr. Aix-en-Provence 17 juin 1965, inédit.
(73) - Paris 13° Ch. 15 avril 1972, G.P. 72,1,407, note D.S.
(74) - Vente de meubles : T. corr. Seine 10 mai 1969, inédit, in Bihl.
(75) - T. corr. Seine 17 février 1966, inédit, in Greffe, J.C.L. com. concurrence déloyale, fasc. XXII, n° 40.
(76) - T.G.I. Rouen 14 février 1975, D. 75, J. 363, note Fortin.

"d'allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur". Quel peut être l'apport de cette réforme ? Essentiellement de préciser un terme trop générique. Elle met fin à la controverse soulevée par M. Fourgoux : un texte, écrit ou parlé, n'est pas indispensable. La publicité étant de plus en plus insidieuse et camouflée en sous-entendus et déclarations voilées ou suggérées, "désormais, disent MM. Doll et Peisse (77), tout mensonge publicitaire sous quelque forme qu'il se présente (bruit, illustration, ambiance, etc...) pourra, s'il est mensonger, être sanctionné". L'incrimination est celle de publicité"mensongère", mais, elle ne correspond pas à l'opposé d'une publicité exacte. Les deux notions s'entremêlent et, s'il est commode de parler de mensonge, le terme n'est pas toujours adapté. D'une part, la fausseté de l'allégation est ici plus large que dans son sens courant : une publicité exacte mais trompeuse peut être mensongère. D'autre part, elle est plus étroite que ce même sens commun car toute publicité fausse n'est pas illicite. Fausse ou trompeuse, l'affirmation doit-elle remplir une première condition : être précise ?

A - L'affirmation précise :

276 Comme à l'occasion du délit de diffamation, qui présente une parenté certaine avec celui de publicité mensongère, le législateur de 1963 ne poursuit la publicité que lorsqu'elle s'effectue par allégations "précises". La loi du 27 décembre 1973 supprime cet adjectif. Sous l'empire de la législation de 1963, la plupart des rares décisions de relaxe étaient fondées sur l'absence de cette condition (78). La répression devrait donc être plus systématique, ce qui est juste, compte tenu du caractère trompeur de ces formes publicitaires. La solution actuelle évite, ensuite , les incertitudes quant à la délimitation de la précision, ce qui écarte la quas-

(77) - Doll et Peisse, chron. préc. n° 18, p. 202.
(78) - T.G.I. Paris 18 décembre 1970, G.P. 1971,1,272 (référence à un objet miracle) ; Crim. 5 novembre 1969, D. 70, J. 646, note Fourgoux.

tion de M. Fourgoux : "la distinction entre la publicité délibérément trompeuse prohibée et une forme plus ambiguë", qui serait licite, est souvent difficile à faire" (79). Par contre, l'exigence de la fausseté ou du caractère trompeur subsiste.

B - L'affirmation fausse ou trompeuse :

277 Le législateur retient, en 1973, deux modalités relatives au contenu de l'allégation : fausse ou de nature à induire en erreur. La première ne donne guère lieu à difficulté, si ce n'est de preuve. L'appréciation s'effectue par référence à des critères objectifs, le plus généralement par expertise (80). Flagrants ou non, les cas de fausseté sont d'une relative fréquence. A titre d'exemple, parmi une jurisprudence variée : constitue la publicité mensongère la vente de meubles ordinaires sous l'appellation de "meubles anciens" (81) ou d'une règle de pronostics hippiques prétendument élaborée par un cerveau électronique (82) de divers objets en plastique moulé comme des pièces d'albâtre massif (83). La seconde forme de l'affirmation est plus remarquable par son évolution que par son importance en tant qu'instrument de protection du consentement.

278 Le projet de loi de 1963 parle de publicité "comportant des allégations fausses ou susceptibles d'induire en erreur lorsque ces allégations sont précises..." Le texte adopté concerne, après vote du Parlement, "toute publicité faite de mauvaise foi, comportant des allégations fausses ou induisant en erreur, lorsque les allégations sont précises". En conséquence, sous l'empire de ce texte, l'erreur doit être réellement consommée dans l'esprit du public. Si M. Doucet prétend (84) que "ce sont non seulement les allégations

---

(79) - Fourgoux : note sous T. corr. Troyes 7 novembre 1967, D.68,440.
(80) - C. Ap. Paris 13° Ch. 28 avril 1975, G.P. 75, n° 211 - 212, note Fourgoux, p. 7.
(81) - T. cor. La Rochelle 27 juin 1968, inédit.
(82) - T. cor. Seine 22 janvier 1966, D. 67, p. 16, note Fourgoux - R.D.C. 1967, obs. Chavanne, p. 150.
(83) - T. corr. Grasse 22 avril 1974, inédit.
(84) - Doucet note sous T. cor. Grasse 15 juin 1968, G.P. 69,1,357.

fausses mais aussi celles susceptibles d'induire le public en erreur qui sont visées", la jurisprudence, relativement rare, a suivi le texte pénal et, surtout, appliqué l'évolution parlementaire, écartant toute opinion extrême pour l'époque. Un importateur de tapis a ainsi fait figurer, dans sa publicité, les termes "tapis en provenance des douanes centrales" L'affirmation, exacte car toute importation passe en douane, induit en erreur car elle tend à faire croire que la vente est réalisée après saisie (85). A l'inverse, ne constitue pas le délit une publicité concernant la vente d'une méthode de pronostics de courses, le lecteur n'étant pas induit en erreur "car il ne pouvait de bonne foi, s'attendre à ce qu'on lui offre un procédé supprimant tout aléa dans le jeu" (86). Le danger de cette forme d'appréciation de l'ambiguïté est qu'elle oblige à se placer, en l'absence de contrat conclu avec un acheteur déterminé, du côté du public. Or, la détermination de l'erreur réalisée s'effectue alors en considérant une masse vague d'acheteurs potentiels. Peut-on affirmer que personne n'a été réellement trompé ? Il est vrai que, sous l'empire de cette loi, l'utilisation du terme "induisant en erreur" pose déjà des difficultés de délimitation. En pratique, comment affirmer que le juge s'en tient à un strict point de vue objectif ?

279 La loi du 27 décembre 1973 vise les affirmations "fausses ou de nature à induire en erreur". La possibilité de l'induction et non de la réalisation de l'erreur suffit désormais. Si, en pratique, l'attitude judiciaire a parfois devancé la réforme, idéologiquement, la modification est fondamentale. La publicité mensongère s'éloigne ainsi de l'erreur, vice du consentement, stricto sensu ; elle se désubjectivise par la référence à l'affirmation incriminée. Si l'erreur est prouvée, ipso facto, le procédé est, c'est une évidence, de nature à induire en erreur. Si la victime, isolée ou collective, ne peut démontrer que sa volonté a été viciée, elle peut prouver que le procédé est intrinsèquement trompeur. Il est alors certain que l'exemple proposé

---

(85) - C. Ap. Paris 5 octobre 1966, préc. ; Paris 13° Ch. 2 juillet 1974, J.C.P. - C.I.,75,II,11889.

(86) - T. corr. Troyes 7 novembre 1967, préc. ; T. cor. Seine 22 novembre 1965, préc. et Guinchard, op. cit., n° 192 s., p. 101.

par M. Greffe (exemple du dessin représentant une boisson et, à côté, un fruit alors que le liquide ne contient pas d'extraits naturels) entre, de ce chef, dans le domaine de la répression. La sévérité judiciaire et légale envers le professionnel trouve, ainsi, une nouvelle application : l'intéressé ne peut prouver l'absence d'erreur chez la victime de la publicité ; son seul recours consiste à démontrer l'absence du caractère trompeur du procédé.

Cette unique preuve contraire, ouverte au professionnel, suppose l'appréciation du caractère trompeur de la publicité. Mme Delmas-Marty qualifie ces procédés trompeurs de "publicité abusive" (87), préférant ce terme à celui de publicité illicite. Cette action vise à conditionner le public mais comment mesurer cette action psychologique ? Doit-on effectuer cette recherche in abstracto, par référence à une victime ordinaire ou in concreto, en recherchant le public réellement visé et en mesurant l'atteinte à son consentement ? La publicité s'adressant à une masse, comment effectuer pratiquement une recherche psychologique ? La seconde solution paraît plus en harmonie avec la protection des usagers. A ce titre, elle reçoit, notamment, l'agrément de M. Fourgoux qui déclare (88) :"Bien qu'il soit souhaitable d'encourager l'esprit critique, on ne peut pas réserver la protection de la loi aux sujets à quotient intellectuel normal ou élevé, à ceux-là mêmes qui sont les plus capables de déjouer sans aide les maléfices de la publicité". Ce critère est utilisé dans l'affaire des "jupes antigrippes" pour laquelle le juge se réfère à un public "crédule".

Ce choix doit être approuvé : il ne s'agit pas de sanctionner des erreurs grossières pour paralyser l'action des publicitaires mais de protéger ceux qui sont précisément le plus souvent victimes des abus. La circulaire du 1° octobre 1974, à propos de cette nouvelle définition du mensonge en publicité, précise d'ailleurs qu'est visée "la publicité simplement trompeuse", en laissant au juge un large pouvoir d'appréciation du caractère trompeur, "... en ce qui concerne la publicité de nature à induire en erreur, l'appréciation doit en être

---

(87) - Delmas Marty, "Droit pénal des affaires", Paris 1973, p. 144.
(88) - J.C. Fourgoux, note sous T. corr. Seine 22 janvier 1966, préc.

faite au regard de la psychologie du consommateur moyen et non au niveau de l'annonceur ou du publiciste (sic)". La question du dolus bonus en est très proche ; malheureusement, les solutions n'y sont pas encore aussi protectrices ; la réforme du contrôle de la publicité va peut-être lui permettre d'évoluer. La notion de mensonge publicitaire devient donc actuellement large. Les annonceurs ne sont pas pour autant condamnés puisque la loi les autorise à dire la vérité en publicité mais de quelle vérité s'agit-il ?

C - La licéité des affirmations publicitaires exactes - appréciation :

280 Toute vérité n'est pas bonne à dire. Ce proverbe vaut pour bien des aspects de la publicité. En dehors des affirmations vraies mais présentées de façon trompeuse, la jurisprudence contrôle d'autres usages de la publicité. Il s'agit notamment des exagérations et des comparaisons. Les exagérations publicitaires ne tombent pas sous le coup de la loi. Il s'agit des appellations "supérieur", "le vrai", "de première qualité" (89). En effet, elles sont admises par le public comme des astuces commerciales flagrantes,entrant également dans la catégorie du dolus bonus. Seul le droit de la concurrence déloyale permet de les atteindre s'il y a mise en cause de procédés déloyaux notamment l'imitation de publicité ou le dénigrement (90). Par contre, une simple campagne outrancière, n'atteignant pas précisément un concurrent, entre dans le cadre de la publicité commerciale normale (91).

81 La publicité bénéficie-t-elle d'un droit de critique des produits offerts au public ? Dans la mesure où elle est, par prin-

---

(89) - Henri Guérin, La publicité mensongère et les nouvelles dispositions légales ou réglementaires la réprimant, J.C.P.1964 I 1864.
(90) - J.C.L. com, concurrence déloyale, fasc. XIX et XXV.
(91) - T. com. Seine 18 novembre 1953, D. 54,19 ; T.G.I. Paris 15 décembre 1967 - J. Soc. 2 mai 1968 ; Paris 4 mars 1959, Ann. Prop. Ind., 1959,140 ; R.D.C. 1959, p. 423, n° 8, note Chavanne.

cipe, égoïste et intéressée, elle ne peut s'arroger le droit de juger des produits concurrents . Elle n'est pas assez altruiste pour remplir cette fonction d'information. La critique doit donc être contrôlée lorsqu'elle s'exerce dans le cadre concurrentiel (92). La jurisprudence est, en ce domaine, établie : elle distingue selon que la comparaison s'effectue dans le cadre de la concurrence ou dans le domaine informatif. Les commerçants,en concurrence,ne peuvent effectuer de publicité comparative réelle. La critique est licite si elle est imprécise et indéterminée. Il n'y a pas concurrence déloyale à déclarer son produit le meilleur (93) ou à attaquer une catégorie générale de produits, alors qu'un fabricant n'est ni déterminé, ni déterminable. A l'inverse, il y a dénigrement coupable de la part du commerçant qui établit une comparaison entre le produit qu'il vend et un ou plusieurs autres produits pour affirmer la supériorité du premier, quand bien même les résultats de cette comparaison seraient exacts (94). Se rend coupable de concurrence déloyale la société Rallye Auto Sport qui décide de commercialiser, sous le nom de NASA, une combinaison ignifugée pour coureur automobile, concurrente de la combinaison NOMEX, fabriquée par Dupont de Nemours , par des procédés douteux. En l'espèce, le distributeur, par voie de presse avait, notamment, fait état d'expérience, de comparaisons, de commentaires de professionnels,en faveur de leur produit NASA et de propos du vendeur français déclarant abandonner la vente de Nomex au profit de NASA prétendument meilleure (95).

282 Par contre, le juge admet plus aisément ce droit de criti-

---

(92) - Ce qui n'est pas le cas des essais comparatifs exercés par les associations de consommateurs et dont les résultats paraissent dans des revues spécialisées, cf. Mme Nguyen-Thanh, op. cit., n° 895 s., p. 245.

(93) - Cf. notamment, C. Ap. Paris 22 avril 1969, D. 70, J. 214, à propos du slogan "Lava lave plus blanc" : "La comparaison est usuelle et générale en matière de publicité, son rôle étant de vanter la supériorité d'un produit par un parallèle entre les résultats qu'il procure et ceux des produits concurrents".

(94) - J.C. Fourgoux "La concurrence déloyale et la responsabilité des publicitaires et des supports", G.P. 1970,2, Doct. 86.

(95) - C. Ap. Paris 27 janvier 1972, G.P. 72,2,J.163, note Fourgoux.

que au profit des associations de consommateurs ou même de la presse en général. Il ne s'agit plus, il est vrai, de publicité mais d'information puisque, la condition est informelle, l'émetteur ne doit pas avoir d'intérêts pécuniaires dans l'affaire. En toutes hypothèses, il lui est interdit de se départir de son "obligation de prudence et d'objectivité" (96). Certains professionnels ont alors invoqué leur droit absolu à la marque pour en contrôler l'utilisation par des tiers, ceci notamment par voie de presse. La jurisprudence a, fort heureusement, refusé cette mainmise de son titulaire sur la marque. La solution est logique puisque la marque, entrée dans le domaine du public, devient partiellement informative et une certaine garantie de qualité. La Cour d'Appel de Paris en offre l'exemple, le 20 décembre 1974 (97) : le Docteur Pradal, dans un "guide des médicaments les plus courants", mettant en cause les produits de plusieurs laboratoires pharmaceutiques, ceux-ci invoquèrent leur droit à la marque, afin de lui en interdire l'utilisation, même par référence. La Cour suit les conclusions de l'Avocat général lorsqu'il déclare : "La critique scientifique, mesurée, non maligne, d'un produit de l'industrie doit, comme d'ailleurs aussi celle plus subjective encore, des oeuvres littéraires ou artistiques, être tenue pour licite... "L'interdiction de la publicité comparative peut paraître sévère, son admission suppose, à tout le moins, un assainissement total des milieux publicitaires.

En elle-même, la publicité comparative peut être bonne. Il s'agit là d'une conception de la publicité écartant la méfiance traditionnelle entretenue à son égard et qui recueille notamment les faveurs de M. Leduc (98) qui déclare : "La partialité de la publicité doit donc être admise dans son principe comme l'une des manifestations de la liberté qui suppose à la fois le droit de convaincre et la faculté de choisir". Vérité et mensonge constituent des notions très

---

(96) - T.G.I. Seine 3° Ch. 12 mars 1966, inédit, in Nguyen-Thanh, op. cit., p. 248.

(97) - G.P. 75,4 mars, J.p. 12 ; J.C. Fourgoux, La publicité est-elle mensongère quand elle se fonde sur des avis scientifiques controversés, G.P. 75, Doct., n° 211, p. 7.

(98) - Robert Leduc, Vie judiciaire, n° 1452 ; du même auteur, Le pouvoir publicitaire, Paris 1973, notamment p. 52.

relatives dans le droit de la publicité. La répression s'oriente non pas vers la sanction du mensonge, mais, plutôt, vers la protection contre une erreur provoquée. La sanction de la "publicité trompeuse" (99) ne peut donc employer les voies répressives ordinaires ; elle s'agrémente de modalités très spécifiques justifiées par cette finalité (section 3).

SECTION 3 - La sanction des abus de la publicité trompeuse.

93 Technique de concurrence, la publicité produit ses effets dans le public. La répression est délicate du fait d'un double impératif : favoriser ou ne pas gêner l'action et la promotion commerciale, tout en protégeant l'acheteur contre ses propres faiblesses ou contre les tromperies exercées par les commerçants. Au plan des principes, l'équilibre semble se réaliser au profit du public. Cette opinion s'affirme par la détermination du contenu de l'élément intentionnel de l'infraction (§ 1) et, également, par l'étude de l'arsenal des moyens de poursuite et de sanction (§ 2).

§ 1 : Le contenu de l'élément intentionnel du délit de publicité trompeuse :

94 Le loi du 27 décembre 1973 supprime, sans équivoque, l'exigence de la "mauvaise foi", telle qu'elle figurait expressément à l'article 5 de la loi du 2 juillet 1963. La modification est considérée

---

(99) - M. Calais Auloy, La loi Royer et les Consommateurs, D. 74, chron. 91.

comme essentielle par la doctrine (100). L'importance de la réforme ne peut être appréciée à sa juste valeur que si le contenu antérieur de cet élément constitutif est rappelé.

285 Sous l'empire de la loi du 2 juillet 1963, les auteurs comprennent l'exigence de la mauvaise foi non pas comme la nécessité d'un dol spécial, mais, plutôt, d'une "intention caractérisée". L'intention frauduleuse est la conscience de la fausseté de l'allégation ou de son ambiguïté ainsi que de l'effet probable sur le public. Il n'est pas nécessaire de caractériser le but de tromperie de l'auteur de l'acte incriminé puisque le législateur n'exige pas le dol spécial. L'exigence s'accorde parfaitement avec les principes classiques du droit pénal. Elle explique, ensuite, le nombre restreint de personnes pouvant être poursuivies : prestataires et publicitaires sont exclus car la loi ne les oblige pas à contrôler les dires du client ou les avantages techniques du message. En pratique, la répression n'était pas foncièrement entravée par cette exigence, pour deux raisons :

- la jurisprudence, assez extensive, déduisait cette mauvaise foi d'évidences tirées des circonstances de l'espèce. Relevant, par exemple, qu'un dénommé Boyer avait fait usage de sa qualité de participant à une mission scientifique à des fins purement commerciales, le juge ajoute "que la mauvaise foi de Boyer est évidente", en se contentant de faire appel à la bonne foi ou à la logique. A la limite, relève t-il une circonstance annexe comme, par exemple, l'existence d'un avertissement préalable du BVP, propre à démontrer la fraude.

- Le juge a repris, telle quelle, la jurisprudence des fraudes rela-

---

(100) - Cf. Roger Fourès, De la mauvaise foi exigée pour l'application des sanctions de la loi du 27 décembre 1973 aux publicités comportant des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur , G.P. 16 mai 1974-1-440 ; Calais Auloy, op. cit., D. 74, chron. 91 ; Fourgoux, Publicité et promotion des ventes. La loi du 27 décembre 1973. Une réponse mais encore que de questions, G.P. 1974,1, Doct. 208 ; Doll et Peisse, op. cit. n° 44 s. Lugan, Les ventes avec prime et la publicité mensongère dans la loi d'orientation du commerce et de l'artisanat, dite loi Royer, G.P. 12 juin 1974, p. 11.

tives à l'intention criminelle pour l'appliquer à la publicité mensongère. Une des manifestations les plus intéressantes de ce transfert est la suivante : est assimilé à la mauvaise foi le fait pour le professionnel d'avoir oublié de vérifier, alors que les circonstances l'imposaient, l'exactitude des allégations (101).

286 Logique et cohérente, cette construction présente, cependant,un défaut majeur: elle nuit à un contrôle efficace des abus publicitaires. La finalité de la réforme de 1973 répond à ce souci. C'est ce que dévoile clairement le représentant du gouvernement lorsqu'au cours des débats, il déclare : (102) "je crains qu'en cherchant, dans un souci louable, à introduire cette notion de mauvaise foi dans le texte de la loi, on en paralyse l'application. C'est pourquoi le gouvernement, soucieux d'assurer une véritable protection contre la publicité mensongère, vous demande de ne pas adopter cet amendement". Avant de préciser la portée de la réforme, quelle est la nature de la nouvelle infraction ? Pour MM. Doll et Peisse (103) la non exigence de la mauvaise foi revient à donner au délit un caractère contraventionnel. Cette analyse, poursuivent-ils, risque de "stériliser" la publicité puisqu 'une coquille ou une simple erreur matérialle peut constituer le délit. L'analyse est, heureusement, contredite par les propos du Secrétaire d'Etat (104) qui déclare : "Ce changement ne saurait exposer à des poursuites, je tiens à le souligner, des annonceurs qui se seraient seulement et manifestement trompés eux mêmes sans vouloir tromper le public... le problème de la mauvaise foi est surtout symbolique. C'est pourquoi les organisations de consommateurs sont si attachées à l'amélioration du texte sur ce point ". La suppression totale de l'expression "mauvaise foi" a fait l'objet,à l'Assemblée Nationale et au Sénat, de débats vifs mais confus (105). M. Foyer s'est notamment opposé à la suppression totale de cette exigence de la répression. Le terme utilisé par MM. Doll et Peisse est, en réalité, trompeur. Il tend à faire penser à la création d'une infraction matérielle, réalisée

---

(101) - Infra n° 341 s.
(102) - J.O., Déb. A.N., 5 octobre 1973, p. 4145.
(103) - Doll et Peisse, chron. préc., n° 44.
(104) - Propos cités in Doll et Peisse, chron. préc., n° 45.
(105) - J.O. Débats A.N., 5 octobre 1973, J.O. du 6, p. 4145 et s.

dès lors que le fait est matériellement constaté. Cette solution conduirait effectivement à stériliser la publicité et, finalement, de larges secteurs commerciaux et, la déclaration gouvernementale le confirme, l'opinion ne correspond pas à la volonté des rédacteurs de la loi. Il n'y a non plus lieu de prétendre à la création d'un "délit contraventionnel" (106), délit pour lequel "l'élément moral requis, au lieu d'être celui qui caractérise habituellement les délits, est le même qu'en matière contraventionnelle (faute présumée)" puisque la publicité mensongère reste un délit intentionnel, une infraction comportant un dol général de la part de son auteur.

Plusieurs arguments soutiennent cette analyse :

- Il résulte de l'esprit général des travaux préparatoires que le souci du législateur a été d'alléger la charge de la preuve judiciaire, sans pour autant réprimer les erreurs purement involontaires. Le respect de la légalité des délits et des peines ne peut céder à tous les impératifs de la protection individuelle.

- D'un point de vue plus juridique, ensuite, la loi précise que l'annonceur est responsable à titre principal et que les dirigeants sont poursuivis comme complices. Le législateur a ainsi voulu éviter la dérobade de dirigeants qui auraient invoqué le fait qu'ils ne sont pas auteurs de délits commis par des subordonnés. La circulaire de 1974 met expressément l'accent sur cet objectif d'efficacité de la répression.

- Enfin, l'attitude judiciaire renforce la caractère intentionnel du délit. Malgré la suppression des termes en cause, le juge considère toujours l'intention comme constitutive du délit et, de ce fait, devant être démontrée pour autoriser des sanctions contre son auteur.

Les décisions prises en application de la loi sont, bien entendu, rares mais l'une d'entre elles est significative de cette tendance et, pour reprendre les termes de M. Fortin, "en apporte la rassurante démonstration" (107). Alors qu'un commerçant avait indiqué, par voie de presse et prospectus, qu'après 75 ans d'existence il était

---

(106) - Sur cette notion Merle et Vitu, n° 341, p. 393.
(107) - Fortin, note sous T.G.I. Rouen 14 février 1975, D. 75, J. 364.

"contraint de mettre en liquidation totale ses stocks de vêtements sacrifiés à des prix de disparition, mis en vente de droit et d'urgence", Le Tribunal de Grande Instance de Rouen relève que la publicité porte expressément en tête : "Avis avant rénovation complète". La juridiction en déduit l'absence d'intention frauduleuse de l'inculpé. La méthode de recherche de l'intention n'a pas varié et l'absence d'intention n'autorise pas, malgré la présence d'affirmations de nature à induire en erreur, des poursuites pour publicité mensongère.

87 La nature intentionnelle du délit est donc certaine, tant pour les magistrats que pour la majorité de la doctrine. Est-ce à dire que la loi du 27 décembre 1973, sur cette réforme jugée "essentielle", n'a rien apporté ? Il serait excessif de l'affirmer. Son apport est à la fois théorique et pratique. Du premier point de vue, certains veulent y voir un renversement de la charge de la preuve. Ainsi, M. Fourès (108) déclare-t-il que la modification n'est ni nulle ni source de répression automatique. Elle dispense le juge de rechercher la preuve de la mauvaise foi et opère renversement de la charge de la preuve au profit du Ministère Public. Le prévenu se voit appliquer une présomption de responsabilité, à charge pour lui d'établir en justice sa bonne foi éventuelle pour proportionner la sanction à sa faute. Cette opinion a l'avantage d'être en conformité avec l'évolution des grands principes de la responsabilité civile. La sévérité qui est actuellement de mise à l'encontre du professionnel la soutient logiquement. C'est cette tendance qui autorise l'auteur à raisonner en publicité mensongère par analogie avec la théorie des vices cachés : puisque le vendeur professionnel est présumé connaître l'existence du vice, pourquoi en serait-il différemment ici ? La comparaison est tentante mais doit être écartée. L'assimilation du vendeur professionnel au vendeur de mauvaise foi s'effectue de toute autre manière : elle a lieu dans le cadre d'un contrat comportant une perte certaine pour un contractant ; il s'agit plus de garantie que de responsabilité présumée ; ainsi, le vendeur ne peut-il se dégager de cette présomption par la preuve de sa bonne foi. Le droit de la publicité mensongère, en l'état actuel, ne peut aller si

---

(108) - Roger Fourès, chron. préc., G.P. 74,1,Doct. 441.

loin sans tuer la publicité elle-même. Le renforcement de son contrôle a priori conduira, peut-être, à cette solution dans l'avenir mais ce n'est certainement pas l'objet de la loi du 27 décembre 1973.

L'attrait essentiel de cette réforme est plus insidieux. Elle présente l'avantage de rapprocher la répression de la publicité mensongère du système juridique plus vaste de protection du consentement. Certes, ses sanctions restent pénales, mais, la finalité de la répression évolue : c'est le public qui est protégé alors que la sanction de la faute du professionnel voit son rôle s'atténuer. Si une comparaison devait être faite, avec les vices du consentement, la publicité mensongère suggèrerait immédiatement le dol : le contenu délictuel y est essentiel par rapport à la protection de l'intégrité du consentement. Une analyse plus poussée fait, cependant, penser à l'erreur puisque, de plus en plus, l'esprit de la victime est examiné. La nature pénale du délit suppose, cependant, le respect du principe de la légalité des délits et des peines ; pour cette raison, la loi du 27 décembre 1973 n'a pu aller aussi loin que la volonté de ses auteurs le laissait présager.

D'un point de vue pratique, ensuite, la loi nouvelle suppose l'adoption par le juge d'une attitude différente. M. Fortin le ressent parfaitement lorsqu'il prévoit que "pour que la loi reçoive son plein effet, l'appréciation de la mauvaise foi doit se faire moins exigente que pour les autres délits intentionnels" (109), allant jusqu'à nier que le doute continue à profiter au prévenu. La répression des abus commerciaux ne peut que gagner à cette sévérité, mais, il est regrettable que les principes du droit pénal soient ainsi malmenés quand bien même la finalité de cette action serait conforme à la morale. Pour cette raison, des auteurs veulent provoquer une intervention législative afin de modifier le texte actuel (110). L'objectif est de créer, à côté de la publicité mensongère, délit intentionnel, la contravention de publicité illicite, c'est-à-dire atteignant les actes contraires

---

(109) - Fortin note sous T.G.I. Rouen 14 février 1975, préc.

(110) - Mme Nguyen-Thanh,(op. cit. p. 146, n° 510) propose la création de la contravention de publicité illicite constituée en l'absence d'intention coupable ; id : Doll et Peisse, chron. préc. n° 46, p. 204.

à la réglementation et par laquelle l'intention ne serait pas un élément constitutif. Le droit français autorise, tout à fait, cette création qui échappe aux critiques du système actuel. La publicité fausse, volontairement, par erreur ou négligence, trompe la confiance que le public place en l'annonceur, celui-ci supporte donc objectivement le risque créé. La solution a l'avantage de sensibiliser les professionnels notamment les publicitaires en leur imposant un devoir effectif de contrôle des annonces et en leur évitant ce simple rôle irresponsable d'intermédiaire. L'esprit actuel de la législation ne s'y oppose pas, preuve peut en être tirée de la nature des poursuites.

§ 2 : Sanctions et poursuites :

288 Les abus de la publicité ont des conséquences graves sur le public notamment par les bénéfices considérables qu'ils entraînent, souvent, au profit de leurs auteurs. La loi du 27 décembre 1973 conserve les sanctions prévues en 1963 qui sont celles très sévères de la loi de 1905 sur les fraudes. Pratiquement, elles sont rarement prononcées et la situation aboutit à ce paradoxe que la publicité mensongère, même punie, reste une bonne affaire commerciale. M. Bihl (111) cite l'exemple d'une publicité radiophonique, touchant des milliers d'auditeurs, pour vanter "un vrai Bourgogne, fier de son origine", alors qu'il ne s'agit que d'un vin ordinaire, situation qui n'a valu à son auteur que 500 F. d'amende ! Par ailleurs, sous l'empire de la loi du 2 juillet 1963, les poursuites, faute de services d'expertise suffisants, sont lentes. La loi du 27 décembre 1973 améliore, quoique pas systématiquement, à l'aide de mesures complémentaires, le système en matière de : cessation rapide des faits reprochés, droit de poursuite des associations de consommateurs, charge de la preuve et contrepublicité.

---

(111) - Bihl : C. Ap. Dijon 23 octobre 1969, préc., p. 434 et du même auteur, L'application des lois protégeant le consommateur, G.P. 1975, 2, doct. 735.

A - La procédure accélérée de cessation de la publicité incriminée :

289 La faiblesse du droit de la publicité mensongère vient de ce qu'il agit a posteriori. Le contrôle a priori ne peut, non plus, le remplacer totalement. Une voie moyenne concilie les tenants de chaque système. La solution consiste à suspendre la publicité incriminée, dans les plus brefs délais, dans l'attente de la décision judiciaire définitive. L'article 2 de la loi du 2 juillet 1963 semble correspondre aux exigences de la situation puisque tout commerçant, industriel ou artisan peut demander la cessation immédiate de tout acte de concurrence déloyale. En réalité, sa portée est nulle : les usagers en sont exclus du bénéfice et, surtout, le décret d'application de la loi n'a jamais été pris. L'article 44 de la loi de 1973 prévoit que le juge d'instruction peut ordonner la cessation de la publicité incriminée et par provision, nonobstant toute voie de recours. La décision peut faire l'objet d'une mainlevée de la part de celui qui l'a prononcée. Dès qu'il y a présomption de publicité trompeuse, la mesure conservatoire est efficace. Elle est exorbitante du droit commun mais s'impose compte tenu de la lenteur judiciaire. Elle n'en présente pas moins des dangers.

Par l'éventuelle lenteur de la procédure, elle gêne un commerçant de bonne foi ; aussi, doit-elle être comprise non comme une mesure de police mais plutôt comme une mesure conservatoire (112). En toutes circonstances, le non-lieu ou la relaxe fait cesser tout effet à la décision. La loi organise donc une procédure accélérée de recours contre la décision de suspension (article 44, alinéa 3 du 2° §), aux fins de mainlevée . Le projet du gouvernement étant trop succinct, le projet définitif a détaillé et accéléré la procédure. La procédure d'urgence est un progrès énorme et il n'est qu'à espérer son utilisation fréquente (la Suède l'a bien compris qui a créé un ombudsman pouvant, sur simple demande, mettre fin à un "abus du marketing"). "Il importe, ajoute la circulaire de 1974, que ces pouvoirs nouveaux soient

---

(112) - Il aurait mieux valu, dit M. Fourgoux parler de "suspension" : note sous T.G.I. Paris référé 24 décembre 1969, D. 71 - 622.

parfaitement connus et qu'ils soient mis en oeuvre à bon escient mais sans faiblesse".

B L'action des associations de consommateurs :

La loi Royer a également innové sur ce point. Mettant fin à une longue jurisprudence sectaire (113), elle admet ces associations à ester en justice pour la défense des intérêts des consommateurs. La situation antérieure était juridiquement logique : la défense des intérêts collectifs de la profession est réservée aux syndicats, celles des consommateurs au seul ministère public, défenseur de l'intérêt général. Le législateur, considérant que le rôle des associations de consommateurs est sensiblement identique à celui du Parquet, leur accorde les mêmes droits de poursuite. L'article 46 leur reconnaît le droit de se constituer partie civile en justice pour la défense des intérêts collectifs des consommateurs qui auraient été lésés directement ou indirectement. Quelques conditions sont exigées desdites associations : être déclarées (mais pas nécessairement reconnues d'utilité publique), être agréées, notamment après avis du Ministère Public (114) et avoir pour objet, même non exclusif, la défense des consommateurs.

La loi vise expressément la lésion indirecte des intérêts collectifs des consommateurs. Il appartient dès lors à la jurisprudence de fixer le domaine de leur action : la Cour Suprême (115), considérant que la loi du 2 juillet 1963 a pour objet la défense des consommateurs, et non la protection de la profession pharmaceutique, a déclaré irrecevable la constitution de partie civile du Conseil National de l'Ordre des Pharmaciens, à l'occasion d'un cas de publicité mensongère. Il n'est pas certain, au vu de la loi du 27 décembre 1973, que cette solution soit maintenue dans l'avenir. En raisonnant a contrario, il convient de dire que les associations de consommateurs ont pour objet la défense des intérêts des consommateurs, alors que les syndicats professionnels défendent ceux de la profession. Le développement de la réglementation des procédés de vente et de contrôle de la concurrence permet,

---

(113) - Par exemple : Crim. 14 janvier 1969, D. 69,583, note Fourgoux.
(114) - Un décret doit fixer les conditions de l'agrément.
(115) - Cependant voir les réserves de M. Calais Auloy, chron. préc., p. 92.

de moins en moins, de distinguer ce qui relève de la protection de l'usager, du contractant ou du commerce. Par exemple, la vente avec prime est contrôlée tant dans l'intérêt des commerçants que de l'acheteur. Il devient impossible de fixer à chaque groupement son domaine respectif d'action. La loi du 27 décembre 1973, de ce point de vue, n'en est pas moins un progrès appréciable et inévitable. La reconnaissance du droit des associations en fait des auxiliaires du Ministère Public. La loi, par les critères de sélection des associations agréées, notamment par l'exigence de leur représentativité, les incite à se regrouper. L'objectif législatif, à long terme, est de parvenir à la constitution de partenaires sociaux, à part entière.

C - La charge de la preuve de la publicité mensongère.

291 Cet intitulé ne doit pas tromper ; contrairement à ce que certains pensent, la loi n'effectue aucun renversement de la charge de la preuve. Il s'agit plutôt de "l'ambiance législative". Le texte de 1973 permet aux agents du Service des Enquêtes Economiques et à ceux de la Répression des Fraudes "d'exiger de l'annonceur la mise à leur disposition de tous les éléments propres à justifier les allégations, indications ou présentations publicitaires" (article 44,II, alinéa 1). Les débats ont fait apparaître la volonté du gouvernement d'imposer pratiquement à l'annonceur la preuve de sa bonne foi et la circulaire de 1974 l'affirme sans ambage. Véritablement suspect, il doit pouvoir se justifier aux yeux de la justice, le refus de le faire étant puni des peines de la publicité mensongère (116). Le bien-fondé de cette présomption n'est pas évident. Il l'est, dans la majorité des cas, à l'encontre du fabricant ou du vendeur-fabricant mais pas envers le simple vendeur ou le distributeur. La présomption de responsabilité ne peut être écartée que par la stricte exécution d'une obligation informelle de vérification par le professionnel ; encore est-il nécessaire que celui-ci en possède les éléments, ce qui n'est pas le cas du vendeur d'un produit qu'il ne fait que distribuer. Il faut y voir une nouvelle manifestation de sévérité envers le professionnel.

---

(116) - Débats A.N. J.O., octobre 1973, p. 4150.

D - La contrepublicité :

292 La contrepublicité est caractéristique de la publicité mensongère. Le tribunal qui prononce la condamnation doit ordonner la publication du jugement par voie de presse ; la loi du 2 juillet 1963 n'avait prévu cette mesure qu'à titre facultatif. Par ailleurs, le tribunal peut ordonner la diffusion, aux frais de l'intéressé, d'une ou plusieurs annonces rectificatives, selon les modalités qu'il prescrit, la circulaire de 1974 recommandant aux magistrats un effort d'imagination et d'utilité. L'efficacité de sanctions, a priori spectaculaires, est-elle certaine ? Le plus souvent, le jugement est publié en termes peu clairs, rébarbatifs, voire en lettres minuscules. La seconde mesure peut être plus efficace... à condition que le juge l'applique. Le projet initial prévoyait une publicité rectificative "de même importance que la publicité elle-même, dans les mêmes formes et à l'aide des mêmes supports", solution plus réaliste. Il est à souhaiter que le juge applique la contrepublicité dans deux cas : le premier est celui où l'intention frauduleuse est particulièrement grave, le second est celui dans lequel la confiance du public a été profondément faussée, même si cela provient d'une négligence.

293 En réalité, tout l'arsenal des sanctions de la publicité mensongère ne peut être efficace qu'avec la volonté affirmée de sanctionner réellement les abus les plus flagrants. Tout comme le dolus bonus, il existe une bonne publicité, l'adjectif étant lui-même souple, compte tenu des exigences du commerce et des moeurs actuelles. La mauvaise publicité s'apprécie, de plus en plus, non seulement objectivement par sa fausseté mais, surtout, par son influence sur le consentement. Le laxisme jurisprudentiel à l'occasion de déloyautés flagrantes est choquant. Le législateur a maintenu des sanctions graves qui doivent être appliquées , compte tenu de leur effet intimidant, tout en accentuant le contrôle a priori. Il est curieux de constater que les mêmes remarques valent pour l'ensemble des techniques de promotion commerciale .

CHAPITRE II - LE CONTROLE DES PROCEDES SUSPECTS DE VENTE.

La qualité requise d'un bon commerçant ne consiste-t-elle pas, d'une part, à savoir déterminer les exigences de sa clientèle mais, aussi, d'autre part, à créer le besoin d'achat ? La concurrence actuelle, par son acuité, impose à cette question une réponse affirmative. La publicité améliore l'image donc la valeur du produit ou du commerçant lui-même. La stimulation commerciale peut, également, par une forme plus directe, inciter à un achat déterminé. Le vendeur utilise les sentiments de l'acheteur.

Le législateur se méfie parfois de cette manipulation et contrôle certains procédés qu'il qualifie de suspects (1). Leur critique correspond à un triple souci protecteur :

- La concurrence doit être saine ; un commerçant peut attirer la clientèle dans les limites que détermine une assez vague morale des affaires. Son contenu tend à augmenter, même si ses frontières restent imprécises. A l'origine, le contrôle des procédés suspects de vente a été instauré à la demande des professionnels, s'estimant eux-mêmes victimes de cette concurrence déloyale.

- Au même titre, se place la protection de l'intégrité du consentement. Comme à l'occasion de l'étude d'autres techniques législatives, il est évident que l'action parlementaire résulte de cette double exigence, sans que l'une puisse toujours être démêlée de l'autre. Le conditionnement du contractant paraît choquant puisque, dans l'absolu, il ne doit être guidé, dans la vente, que par l'impératif prix-qualité.

- Enfin, les exigences de l'économie nationale interviennent parfois pour dicter la loi. Le commerce agit directement sur les échanges économiques et, par là, crée un ordre public économique de direction. Non

---

(1) - Renvoyée à la 3° partie de l'ouvrage : l'étude des ventes publiques ; également supra : ventes sur catalogue, boule de neige, avec certificat.

prépondérant, ce facteur n'en est pas moins souvent invoqué (2).

295 Quel est le domaine actuel de ce contrôle ? L'appel par le vendeur aux sentiments de l'acheteur a pour conséquence logique l'attrait de la clientèle pour une telle stimulation. Effectuée correctement, l'opération produit ses effets à l'insu de l'acheteur, persuadé du bien-fondé de sa démarche. La législation actuelle est donc souvent mal admise : rejetée par la plupart des professionnels, utilisateurs des procédés dont elle réduit la liberté d'action, elle est mal comprise du consommateur qu'il faut protéger contre lui-même, car il n'est pas conscient de l'erreur commise. Malgré ces oppositions, le législateur maintient ce contrôle. Il est, à vrai dire, limité, non dans son étendue, mais dans sa nature et consiste, actuellement, dans une double surveillance spécifique de la promotion commerciale déloyale :

- l'appel aux sentiments charitables, à la philanthropie publique.

- l'exploitation de l'attrait du gain, de la recherche du bénéfice rapide et gratuit. La loi répond à cette dernière forme par la législation relative aux avantages gratuits : ventes avec primes ou ventes assorties de jeux, loteries ou concours (section 1 et 2). L'exploitation abusive de la charité publique est sanctionnée par l'application de la loi relative aux ventes philanthropiques (section préliminaire).

Section préliminaire : La protection contre l'exploitation abusive de la charité publique par la législation relative aux ventes philanthropiques.

296 Le recours à la charité publique est juste en soi puis-

---

(2) - La réglementation de la vente à crédit résulte essentiellement de ce seul souci d'ordre économique. L'ordre public impose le contrôle de ce multiplicateur de monnaie et la protection individuelle en est très lointaine. On peut cependant citer l'obligation du vendeur à crédit de délivrer à l'acheteur une attestation des clauses de l'opération afin d'éviter toute tromperie : décret du 20 mai 1955.

qu'il fait appel à la solidarité nationale et pallie, éventuellement, l'insuffisance de l'action des pouvoirs publics. On a vu (3) que l'escroc n'hésite pas à exploiter la faiblesse humaine mais les hypothèses de répression de l'escroquerie à la charité sont limitées par les conditions de l'article 405 du code pénal. Elles ne sont, ensuite, envisagées qu'a posteriori. Or, après le délit, le nombre des victimes lésées est souvent important. Il est judicieux, comme le fait la loi du 5 juillet 1972 (4), d'agir préventivement. La nature des mesures qu'elle édicte est aisée à décrire (A), mais son fondement exact doit être précisé (B).

A - Le contenu de la loi du 5 juillet 1972 :

297 La loi comble certainement un vide juridique. En dehors de cas flagrants, constitutifs d'escroquerie, avant 1972, seuls quelques textes épars sont utilisés : application de l'article R 40 - 12° CP relatif à l'envoi forcé, sanction du non respect des ventes au laisser sur place, interdiction de ventes ou collectes à domicile sans autorisation ; autant de textes trop répressifs et non spécifiques à la vente philanthropique. La loi du 23 novembre 1957, créant un label destiné à garantir les produits fabriqués par les travailleurs handicapés, annonce la législation actuelle, mais son domaine est limité. La loi du 5 juillet 1972 concerne toute vente philanthropique, sans distinction d'origine ou de destination et, ensuite, accentue la sanction pénale de 1957 (5).

---

(3) - Supra : escroquerie à la charité n° 246.

(4) - Décret d'application du 14 mars 1973 J.O. 20 mars relatif à la marque distinctive.

(5) - Le nouvel article 36 prévoit un emprisonnement de trois mois à deux ans et une amende de 4.000 à 40 000 F. Sur la vente philanthropique : Guy Raymond, Les techniques de vente au regard du droit pénal, G.P. 73, Doct. 753 ; Pierre Julien Doll, La réglementation des ventes philanthropiques, G.P. 72-2-Doct. 502, Encycl. Com, V° vente commerciale, n° 184-2 et s. ; Henri Petit, L'exploitation commerciale de la charité publique, G.P. 62-1-Doct. 41 ; J.C.L.Com, Ventes réglementées quant à leur forme, fasc. XXXIX A, n° 48 bis.

Le système protecteur utilisé est similaire : le législateur institue une marque distinctive devant être apposée sur toute publication, imprimé ou objet, de quelque nature que ce soit, vendu à domicile ou sur la voie publique. La marque est délivrée par le ministre chargé de la santé publique qui, à l'aide d'une commission spéciale, vérifie si les fonds ainsi procurés sont destinés à un but philanthropique. Les organismes responsables de cet appel à la charité doivent consacrer une somme au moins égale à 50 % du prix de vente au public, à l'objet philanthropique. Evidemment, cette loi ne vaut que par son application. Pour cela, l'article 5 de la loi prévoit un contrôle annuel, par la Commission, des fonds collectés, notamment par une communication par le bénéficiaire de la marque de ses documents comptables, sous peine de retrait de la marque. Le législateur sanctionne pénalement le défaut de respect de cette législation par la création de trois infractions :

- usage illégal ou abusif de la marque de 1972 ou du label de 1957.

- vente philanthropique d'un objet démuni de la marque en tendant à faire croire que la vente est effectuée dans un but philanthropique.

- perception d'une commission proportionnelle au montant des ventes au détail et à domicile (6).

B - Le sens de la loi du 5 juillet 1972 :

298 En concluant une vente philanthropique, l'acheteur, par hypothèse, est animé d'une intention libérale. Il admet de payer plus cher que la normale un produit, afin de faire bénéficier les plus démunis de cet excédent. Il peut également consentir à l'achat d'un produit dont il n'a pas besoin. Dans les deux cas, l'ordre public s'oppose à l'exploitation de la crédulité. Le fondement principal de la loi est bien la protection du consentement de l'acheteur et il se justifie d'autant mieux que, généralement, les victimes sont les plus naïves. Les travaux préparatoires l'ont souligné (7).

(6) - Des exceptions sont prévues en faveur des V.R.P. : cf = art. 6 L. 5 juillet 1972.

(7) - A.N. n° 1962, 15 décembre 1971 ; Sén. n° 160, 18 mai 1972 ; A.N. rapport 2457 - 27 juin 1972 ; Sénat 30 juin 1972, n° 354.

Le commerce, très certainement, trouve également son compte dans cette législation : l'assainissement des pratiques commerciales permet d'atteindre des abus qui, à long terme, portent préjudice à une saine concurrence et au bon renom du commerce. Mais, cet objectif n'est qu'indirectement réalisé et, au second plan, par la protection directe du public. La législation favorise l'appel à la charité publique : cette activité, jugée essentielle, ne doit pas être détournée de son but. Le législateur la "décommercialise" en la privant de ce qui est l'essence du commerce : la recherche personnelle du bénéfice (ainsi s'explique l'interdiction des commissions qui ôterait du produit de la vente une part financière excessive). La seule lacune actuelle est l'insuffisance de la législation relative aux collectes sur la voie publique. M. Doll tire la conclusion de cet esprit lorsqu'il note (8) que "la loi nouvelle aspire à faire franchir un pas supplémentaire à la protection des plus faibles contre toutes les formes d'exploitation dont ils peuvent être victimes". La législation est révélatrice de cette volonté de soustraire du commerce l'exploitation honteuse des sentiments généreux d'autrui. Qu'en est-il lorsque ce sentiment devient moins altruiste notamment lorsqu'il est fait appel à l'appât du gain ?

SECTION 1 - La suspicion envers l'avantage gratuit.

L'acheteur, professionnel ou profane, désire acquérir un produit aux conditions optimales, qu'il s'agisse du prix ou de l'objet de la vente. Le vendeur en est conscient et, pour provoquer la conclusion du contrat, le présente comme bénéfique. A cet effet, le procédé le plus répandu consiste à offrir, non pas une qualité accrue du produit, mais un supplément, un avantage gratuit. Le législateur, pour des motifs de protection individuelle ou économique, s'en méfie et contrôle ou interdit l'octroi de certains avantages à l'occasion de la vente. Il s'agit de la prime, d'une part, des loteries, jeux et

---

(8) - Pierre Julien DOLL, La réglementation des ventes philanthropiques, G.P. 1972,2,Doct. 502.

concours, d'autre part.

§ 1 : La prime au sens de la loi du 20 mars 1951 :

Si la législation a fréquemment évolué (9), en raison de l'habileté des professionnels à la déjouer, le principe est celui de l'interdiction de la prime, la règle ne supportant que des dérogations limitées :

A - Le principe de l'interdiction :

300 Ne sont concernées par cette étude que les primes accessoires par opposition aux primes principales (10). La prime accessoire est la prime gratuite liée à une opération onéreuse, à un contrat de vente. La distinction résulte de la loi Royer dont la rédaction laisse parfois planer des incertitudes graves.

Il revient à la loi du 29 décembre 1972 (article 1° L. 20 mars 1951 mod.) d'avoir défini la prime par une nouvelle distinction. Schématiquement, est interdite la vente ou offre de vente comportant 1) la distribution de tout titre donnant droit à une prime dont la remise ou la prestation est différée par rapport à la vente, 2) le droit à une prime consistant en produits ou prestations de service différents de ceux qui sont l'objet de la vente. La loi du 27 décembre 1973 y a ajouté l'interdiction de la prime identique à l'objet de la vente, lorsque l'opération abaisse le prix moyen des produits faisant l'objet de la vente, compte tenu des unités gratuites, au dessous du prix défini par la loi du 2 juillet 1963 (prix d'achat effectif majoré des taxes sur le chiffre d'affaires). Cette législation s'est vue, depuis

(9) - L. 20 mars 1951, complétée par le décret du 19 septembre 1951, partiellement abrogé le 1° juin 1956, repris par le D. 24 juin 1958, totalement abrogé le 5 août 1981, remplacé par le D. 7 avril 1971 puis L. 29 décembre 1972 et L. 27 décembre 1973 et, enfin, D. 9 mai 1974 abrogeant le D. 7 avril 1971.
(10) - Lugan, chron. préc., p. 10.

1951, peu à peu endurcie : elle a été étendue aux prestataires de services (1972), les primes - prestations de service se sont ajoutées aux primes - produits et son domaine actuel, ainsi que la nature des interdictions, peut être considéré comme vaste.

La loi s'applique aux ventes, offres et propositions de vente. Quant à ses destinataires, la volonté du législateur paraît être celle d'une extension systématique de la législation antiprime à tous professionnels et acheteurs. Cela ne devrait pas donner lieu à difficultés : L'article 3 de la loi du 20 mars 1951 modifié en 1972 applique le texte aux commerçants, grossistes ou détaillants. Une difficulté d'interprétation peut, cependant, apparaître du fait de la rédaction de la loi du 27 décembre 1973. L'interdiction de la prime conduisant à une vente à perte s'applique, en effet, aux seuls consommateurs ou utilisateurs, sans que le texte parle, comme il le fait pour la prime principale, du prestataire. Quel sera-t-il ? Toutes les nuances sont-elles possibles ? Producteur, grossiste, détaillant... ? L'article 37, alinéa 3 de la loi du 27 décembre 1973, par son ampleur, semble englober l'article 3 précité. Il interdit "à tout producteur, commerçant, industriel ou artisan de faire, directement ou indirectement, à tout revendeur, en fraude des dispositions du 1° ci-dessus (prix ou conditions de vente injustifiées) des dons en marchandises ou en espèces ou des prestations gratuites de services". Cependant, cet article ne s'applique qu'aux revendeurs et non aux consommateurs ou utilisateurs. L'incertitude est gênante.

301 Plus précisément, quel est le régime de la prime interdite ? En dehors de l'usage particulier de la prime, conduisant à fausser le marché en entraînant un prix inférieur au prix d'achat, constitue la prime :

- Tout produit (article 4 L. 20 mars 1951) ou prestation de services, attribués aux participants à une opération présentée sous forme de concours, de jeu ou sous toute autre dénomination répondant à deux conditions : 1) la participation à l'opération ou l'octroi de bonification de points est subordonnée à une ou plusieurs transactions, 2) la facilité des questions permet normalement au plus grand nombre de partici-

pants de trouver la solution (11).

- Tout produit ou prestation de services différents de ceux faisant l'objet de la vente, attribués ou susceptibles d'être obtenus, immédiatement, chez le vendeur ou chez un autre fournisseur (article 1 B 1° L. 1951). L'extension de la prime aux prestations de services a, à cet égard ,considérablement accru le domaine répressif, mais la prime immédiate en espèces n'est pas "différente" de l'objet de la vente et, sous réserve des dispositions de l'article 40 alinéa 5 de la loi du 27 décembre 1973 (12), reste licite. Constitue par contre la prime illicite la remise d'objets en porcelaine à l'acheteur de café (13) ou d'objets tels que trousses ou articles, lots de linge de table à des clients pour les inciter, voire, dit la Cour Suprême, "les contraindre moralement à effectuer des achats d'objets différents", tels tissus et lingeries (14). La remise de la prime est pratiquement indifférente puiqu'elle peut être immédiate ou différée, chez le vendeur ou tout fournisseur, sans distinction. La prime peut être remise gratuitement ou à des conditions de prix ou de vente présentées comme avantageuses. L'avantage n'est pas apprécié objectivement mais compte tenu de son impact : la présentation, la perception subjective de la prime est essentielle (15).

302 Mais, pour que la prime devienne accessoire et prohibée, l'utilisation de l'avantage doit être rattachée au contrat de vente. L'article 1° de la loi du 20 mars 1951 prévoit un double mécanisme de ventes avec primes prohibées :

- Vente avec remise immédiate d'une prime consistant en produits ou prestations de services différents de ceux qui sont l'objet de la vente.

---

(11) - Infra : étude plus spécifique des jeux.
(12) - J.H. Roche, Les ventes avec primes, J.C.L., Ventes commerciales, fasc. XXXIIIbis.
(13) - T. corr. Seine 16 décembre 1958, D. 59, 239, note FG - G.P. 1959, 1,120 ; R.D.C. 1959, obs. J. Hémard, p. 469, n° 3 et obs. Bouzat, p. 539, n° 8.
(14) - Cass. crim. 5 novembre 1969, D. 70, J. 646.
(15) - ex : T. corr. Cherbourg 25 avril 1961, G.P. 61,2,42 - Dr. Social 1961,464, note HF.

L'hypothèse ne pose pas de difficulté majeure : une simple comparaison permet de déterminer la différence de nature des produits. La seule question est de savoir s'il y a prime, c'est-à-dire un avantage, sous réserve des dérogations légales (16).

- Vente avec remise de tout titre (coupons, timbres, bons...) donnant droit à une prime dont la remise est différée par rapport à la vente. La notion de prime différée s'impose puisque l'on voit mal la raison d'être de titres donnant droit à une prime immédiate.

L'inclusion de la prestation de service dans la notion de prime a permis de résoudre une controverse antérieure sur le sens du mot remise (17). La définition de la prime de la loi du 29 décembre 1972 parle de prime immédiate ou différée ce qui permet d'appliquer aux deux modalités de vente les mêmes principes et remarques. C'est la rédaction de la loi qui a donné lieu à difficulté. L'article 1°, alinéa 2 de la loi du 20 mars 1951, modifié en 1972, est en lui-même clair. Il l'est moins s'il est comparé à l'article 1 B 1°qui vise comme prime les produits ou prestations différents de ceux faisant l'objet de la vente. L'exigence d'une différence n'apparaît pas dans le premier texte. La nature de la prime différée est-elle donc indifférente ? Sans aucun doute, la prime différente différée reste prohibée (18), mais, qu'en est-il de la prime identique ? Le décret du 5 août 1961 admet la licéité de la remise gratuite de "tous objets ou toutes marchandises attribuées... d'une manière différée" (art. 2)... "lorsqu'ils sont de même nature que les objets achetés"(art. 4 - 1°). Dans sa rédaction actuelle, la loi du 20 mars 1951 n'a pas cette clarté. S'agissant d'un texte pénal, l'interprétation restrictive permet de considérer que l'article 1°, alinéa 2 déroge au principe plus vaste de l'article 1 B 1°. L'argumentation est forcée et l'ambiguïté regrettable. Le cas doit être ajouté à la liste des dérogations.

---

(16) - L'étude de la vente jumelée est renvoyée à la 3° partie, n° 461 s.
(17) - J.C.L. Com, fasc. préc. n° 47.
(18) - Cf. les décisions citées au J.C.L. Com, fasc. préc., n° 50 s.

B -Les dérogations à l'interdiction des primes accessoires :

303 Elles sont légales et résultent de la loi du 20 mars 1951. La loi du 29 décembre 1972 et le décret du 9 mai 1974 en ont augmenté le nombre (19).

- Remise différée d'une prime identique à l'objet de la vente.

- Distribution de menus objets de faible valeur, marqués d'une manière indélébile et apparente, conçus spécialement pour la publicité et remis à l'occasion de la vente (20).

- Escomptes ou remises en espèces. On peut cependant regretter une contradiction textuelle flagrante. L'article 3 - 2° de la loi du 20 mars 1951 modifiée autorise les "escomptes ou remises en espèces, s'appliquant, dit l'article A de la loi du 29 décembre 1972, aux producteurs, commerçants, grossistes, détaillants ou prestataires de service. De son côté, l'article 37 de la loi du 27 décembre 1973 interdit aux producteurs, commerçants et industriels d'accorder aux revendeurs des avantages en nature ou en espèces ! (21).

- Prestations de service après vente et facilités de stationnement (L. 72, art. 5).

- Distribution d'échantillons de la production du fabricant ou du transformateur du produit vendu dans des conditions de quantité ou de mesure strictement indispensables pour apprécier la qualité du produit (L. 72 art. 5 et art. 5 D. 74).

---

(19) - En ce qui concerne la prime entraînant la vente en dessous du prix d'achat : article 1° Loi du 2 juillet 1963.

(20) - L'absence de marque publicitaire ne permet donc pas de savoir si l'objet a été conçu, lors d'un achat, d'attirer l'attention de l'ensemble du public à des fins publicitaires : Bordeaux 23 juin 1959 préc. ; sur la notion de marque apparente, J.C.L. Com, fasc. préc., n° 34 ; Sur la détermination de la valeur de référence : décret de 1974, article 5 abrogeant le décret du 7 avril 1971, article 4.

(21) - Le décret du 9 mai 1974 (article 2 - 4°) prévoit les modalités d'usage des titres et les mentions obligatoires devant y figurer.

- La généralité du texte de la loi Royer exclut les cadeaux. Les travaux préparatoires ont montré qu'en fait, le législateur n'entendait pas les interdire. Pourquoi, en ce cas, ne pas en faire une exception légale ? M. Fourgoux s'insurge avec raison (22) contre cette hypocrisie car souvent le cadeau, pratique ancienne des affaires, ne cache pas de déloyauté.

- Emballages et récipients usuels contenant le produit vendu (D. 74, art. 2 - 1°).

- Produits ou prestations accessoires qui accompagnent usuellement le produit vendu ou la prestation fournie (art. 2, al. 2, D. 74 et art. 2 al. 4, D. 61).

Les deux dernières exceptions sont évidentes puisqu'il s'agit d'articles destinés à faciliter la livraison et l'usage normal de la chose achetée. La normalité ou l'usualité de l'emballage ou de l'accessoire s'apprécie selon certains critères : ainsi, ne doivent-ils pas conduire l'acheteur à de nouveaux achats (23). Cette exception, il est vrai, ne se conçoit pas dans le cadre de l'article 1°, alinéa 1 de la loi du 20 mars 1951 (modifiée 1972) puisque seule la remise immédiate d'emballages est possible, mais, la remarque est moins certaine pour les accessoires dont la remise peut être différée. Malgré ces dérogations, la prime est souvent illicite ; elle n'est pas la seule forme d'avantage contrôlée.

§ 2 : Le contrôle des loteries, jeux et concours accompagnant une vente :

004 Il peut paraître aisé d'échapper à la législation anti-primes en dissimulant l'attribution de l'avantage par le recours à l'intelligence ou au hasard. Les ventes avec jeux et concours, d'une part, les loteries, d'autre part, sont, par ce fait, contrôlées afin d'éviter toute fraude à la loi. Le principe est celui de la licéité de

---

(22) - J.C. Fourgoux, Publicité mensongère et promotion des ventes, chron. Préc., p. 12.

(23) - Exemple : T. corr. Seine 16 décembre 1958, préc. et J.C.L. Com., fasc. préc., n° 27 s.

la distribution gratuite lorsqu'elle dépend du hasard, de l'intelligence ou de l'habileté. Il suffit de démontrer l'existence de ces éléments pour admettre le procédé. Ces opérations se voient appliquer une réglementation spécifique (A) mais, son efficacité étant incertaine, le recours à la loi du 20 mars 1951 est fréquent (B).

A - Le contrôle spécifique des ventes assorties de jeux :

305 La loi contôle spécifiquement la vente assortie de jeux lorsque ceux-ci font appel au hasard et non à l'habileté ou l'intelligence ou, encore, si l'appel au hasard n'est que partiel. La loi du 21 mai 1836 prohibe, sous peine de sanctions pénales, "généralement toutes opérations offertes au public sous quelque dénomination que ce soit, pour faire naître l'espérance d'un gain qui serait acquis par la voie du sort". Les sanctions contraventionnelles s'appliquent à tous ceux qui auront fait connaître l'existence de ces loteries ou facilité l'émission de billets (art. 4). Sauf approbation administrative, le recours, à l'appui d'une vente, au hasard, même partiel, est interdit. Le décret-loi du 31 août 1937 prohibe également l'installation, dans les lieux publics, de tous appareils distributeurs fonctionnant moyennant un enjeu et reposant sur l'adresse ou le hasard. En fait, cette législation est partielle puisqu'elle ne concerne que les loteries et parce que son application laisse à désirer. La tentation est grande d'utiliser ces lacunes pour tourner la législation antiprimes.

B - Le contrôle des ventes assorties de jeux par la législation antiprimes :

306 Comment un jeu faisant appel au hasard, à l'intelligence ou l'habileté peut-il dissimuler une prime illicite ? Il suffit qu'il supprime l'aléa spécifique du contrat de jeu, pour faire de l'acquisition de l'avantage une certitude : le concours est si facile que même le moins doué peut y réussir, la loterie a tant de lots que chacun peut espérer être gagnant, s'il consent à l'achat conditionnant

le droit d'y participer. Avant l'entrée en vigueur de la loi du 29 décembre 1972, le juge ne s'était pas laissé abuser. Appliquant strictement les textes, il exigeait, pour déclarer l'avantage illicite, que la naissance du droit dépende exclusivement de l'achat proposé, sinon la vente ne pouvait conférer ce "droit actuel et définitif à un objet ou à une quote part d'un objet déterminé" (24). L'hypothèse est celle du marchand de chocolat remettant à tout acheteur des objets gratuits lorsqu'un nombre de vignettes résultant des achats est réuni et dès que l'acquéreur répond à quelques questions trop simples (25).

La loi du 29 décembre 1972, dans son article 4 B 2°, confirme cette jurisprudence en assimilant le jeu à la prime lorsque, sans préjudice de l'application de la contravention de loterie prohibée, deux conditions sont réunies :

- La participation à l'opération ou l'octroi de bonifications de points est subordonné à une ou plusieurs transactions.

- La facilité des questions permet, normalement, au plus grand nombre de participants de trouver la solution.

L'imagination des professionnels peut toujours s'exercer à l'encontre de la seconde condition dont les termes vagues seront soumis à l'interprétation jurisprudentielle. L'article 37 - 2° de la loi du 27 décembre 1973 inclut ces situations dans le contrôle des relations commerciales entre un commerçant et un revendeur, par la généralité de ses termes. La loi du 29 décembre 1972 met, d'autre part, fin à une incertitude jurisprudentielle et doctrinale (26). Il n'est pas nécessaire, pour constituer le délit, que les lots soient effectivement remis puisqu'est assimilée à la vente avec prime elle-même "l'offre" ou la "proposition de vente" avec prime, c'est-à-dire, en l'occurrence, l'organisation du concours ou de la loterie.

---

(24) - Cass. crim. 12 mai 1955, J.C.P. 55 II 8803 ; R.D.C. 1955, p.863, obs. J. Hémard et 903 obs. Bouzat ; exemples de relaxe : Colmar 3 avril 1952, J.C.P. 54 II 8307, note A. Vitu - R.D.C. 1954, p. 892, obs. Bouzat.

(25) - T. corr. Villefranche S/Saône 21 mars 1961, Dr. Soc. 1961, p. 465, note Falconnetti.

(26) - J. Hémard, R.D.C. 1962, p. 95, n° 1.

307 Les remarques précédentes s'appliquant aux jeux accessoires à la vente (27), si le jeu est qualifié de gratuit ou de principal, la loi du 21 mai 1836 ne s'applique pas. En effet, la jurisprudence exige, pour l'application de la législation des loteries prohibées, la condition du caractère onéreux de l'opération. L'article 30 régit donc seul les loteries gratuites dans le cadre plus vaste du contrôle de la promotion commerciale et, sauf exceptions limitées, les prohibe. Les travaux préparatoires de la loi montrent, pourtant, la volonté législative de ne pas modifier de la sorte la législation relative aux loteries (28). La seule limite à cette prohibition est la possibilité offerte, à l'alinéa 2, de cadeaux de faible valeur sous forme d'échantillons ou d'objets publicitaires. La restriction de l'article 40 est donc grande et, certainement, gênante pour le commerce. La loterie gratuite constitue une forme promotionnelle parmi d'autres, tout comme la prime. Cette sévérité se justifie-t-elle ? Plus exactement, que faut-il penser de la législation défavorable à l'exploitation de l'attrait du gain ?

SECTION 2 - L'appréciation de la législation relative aux avantages gratuits.

308 Quelles sont, tout d'abord, les raisons d'être de la sévérité législative ? Comment apprécier, ensuite, les caractères de cette répression ?

§ 1 : Le fondement de la législation relative aux avantages gratuits :

Deux objectifs peuvent, a priori et logiquement, avoir guidé l'action législative : la protection du consentement de l'acheteur et la protection de la concurrence ; il est important de définir

(27) - Goyet, la gratuité dans la promotion commerciale, en droit pénal, R.D.C. 1975, n° 52, p. 41.

(28) - J.O. Débats A.N. 6 octobre 1973, p. 4129 et Sénat 22 novembre 1973, p. 1869 - A.N. 20 décembre 1973, p. 7230 ; Sénat 20 décembre 1973, p. 3110.

leurs places respectives.

A - La protection du consentement de l'acheteur :

309 L'acquéreur concluant une vente avec primes n'émet pas un consentement intact de tout vice. Cette forme de contrat conduit à des achats abusifs, indésirés, voire forcés, et hors de proportion avec les besoins ou les moyens de l'individu. La prime est, pour lui, un "gain forcé" puisque le raisonnement qualité - prix n'est plus suivi. En ce sens, la Chambre criminelle a fréquemment eu l'occasion de déclarer que la loi du 20 mars 1951 a pour objet l'intérêt général des acheteurs et non la protection des intérêts privés des commerçants (29). L'opinion, lors des débats parlementaires, est expressément affirmée par M. Martin, rapporteur de la Commission de Production et des Echanges, qui déclare (30) : "La concurrence saine ne peut relever que de la confrontation des prix et des qualités ; à qualité égale, celui qui vend le meilleur marché doit normalement être favorisé. Or, cette confrontation est rendue difficile par le système des primes car l'acheteur est trompé dans son jugement par l'apparence de gratuité de la prime, faux cadeau qu'il paie en définitive". L'idée est déjà évidente en 1951 car le législateur veut éviter que "le consommateur ne se trouve lésé et poussé à des achats hors de proportion avec ses ressources"(31). L'argument vaut surtout pour la prime différente de l'objet de la vente ; son inutilité se présume plus aisément et le danger de vice à l'encontre de l'acheteur paraît plus réel. Aussi, comprend-on mal la confusion de régime faite par la loi entre les primes identiques ou différentes, les remises immédiates ou différées.

---

(29) - Cass. crim. 5 novembre 1959, Bull. crim. n° 487, D. 1960 - 80 ; Crim. 2 février 1961, J.C.P. 61 II 12039 ; Crim. 19 avril 1961, J.C.P. 61 II 12168. Doctrine : P. Durand, Défense de l'action syndicale, D. 1960, chron. n° 21 s, p. 21 - R.D.C. 1960 - 377, n° 4, obs. J. Hémard ; Guy Raymond "La vente avec primes, J.C.P. 73 - 10968 éd. C.I. ; J.C.P. 71 - 10312, éd. C.I. ; J. Hémard "Dix ans de réglementation des ventes avec primes et le décret du 5 août 1961", D. 61, chron. p. 165, n° 2 s.

(30) - J.O. Débats A.N. 1972, p. 4212.

(31) - J.O. Déb., Conseil de la Rép., 21 novembre 1950, p. 3003.

310 L'avantage gratuit, du point de vue de l'acheteur, peut, ensuite, être qualifié de "gain illusoire". La tromperie est plus choquante, moins conforme aux usages du commerce. L'acheteur supporte, en définitive, le prix de la prime. Les débats de 1951 ont développé cette idée : "La prime, a-t-on dit (32), constitue une sorte de trucage car il n'est pas douteux que le commerçant détaillant doit, d'une façon ou d'une autre, récupérer sur son client le prix de ses primes". Le client est poussé à des achats inutiles, acquiert des objets que, souvent, il peut obtenir ailleurs à de meilleures conditions.Le procédé est d'autant plus dangereux qu'il apparaît comme insidieux.

311 L'argumentation, à vrai dire, ne fait pas l'unanimité. Qualifier l'avantage gratuit de gain forcé et de gain illusoire est trop schématique. L'usager connaît les astuces du commerce et ne se laisse pas toujours berner aussi aisément ou involontairement qu'il y paraît. Par ailleurs, le gain peut être réel si la prime est, elle-même, gratuite pour le commerçant qui soit ne fait que la répercuter, soit écoule ainsi à bon compte un stock inutile. Quand bien même l'avantage serait forcé et illusoire, ces qualificatifs ne valent-ils pas, en général, pour toute la publicité ? Une prime est abusive lorsqu'elle dépasse un seuil qui serait à fixer ou lorsqu'elle est attribuée selon des méthodes dépassant les usages commerciaux. Dans les autres cas, elle constitue une technique promotionnelle admissible. La publicité contrôlée par les professionnels ou les pouvoirs publics n'est pas, loin de là, interdite. Pourquoi cette attitude sectaire envers la vente avec primes ? La logique impose de l'englober dans une définition juridique de la publicité, malheureusement actuellement absente. Enfin, si l'objectif législatif est la défense du consommateur, pourquoi appliquer la série de prohibitions de la loi du 20 mars 1951 aux ventes conclues entre professionnels ? Le législateur clame ce souci de protection du consentement mais la loi, paradoxalement, parle "d'avantages", c'est-à-dire d'une distribution tout au profit d'un acquéreur, pourquoi, en ce cas, le protéger ?

---

(32) - Doc. Parlem. A.N., n° 61, Session de 1949, 23 Mai 1950, p. 1926.

B - La protection d'une saine concurrence :

312 L'énoncé des motifs de la loi du 20 mars 1951 ne correspond pas exactement à la volonté législative réelle. "Il ne s'agit plus, dit M. Focsaneanu (33), de la défense du consommateur contre le prétendu trucage et la hausse des prix, ni la distorsion des circuits de distribution des objets-primes, mais il est question de la défense du petit et du moyen commerçant contre les grandes organisations commerciales et, notamment, contre les grands magasins et les magasins à succursales multiples. Sous ce nouvel éclairage, la loi interdisant les ventes avec primes devient un élément de la lutte de classes contre le petit et le grand capital commercial". L'étonnante sévérité envers ces procédés de vente vient-elle exclusivement des impératifs concurrentiels ? Plusieurs arguments paraissent l'attester. Les travaux préparatoires de la loi du 20 mars 1951 révèlent l'état d'esprit du législateur de l'époque. La vente avec primes fausse le mécanisme de la distribution et de la fixation du prix (34).

313 De fait, ses critiques sont d'abord venues des professionnels, de deux catégories d'entre eux :

1) Les victimes directes des ventes avec prime sont les concurrentes de ceux qui recourent à de tels procédés. Son utilisation constitue un acte de concurrence déloyale, la tromperie détournant la clientèle par des moyens non conformes aux usages du commerce. On a notamment fait valoir que la distribution de primes, à l'appui de la vente, entraîne une confusion dans l'esprit de l'acheteur. L'exposé des motifs souligne la volonté de faciliter le choix des clients par l'étiquetage informatif et maîtriser la hausse des prix. On cherche désormais, dit le Ministre du Commerce et de l'Artisanat (35), à séduire le consommateur en détournant son attention vers des éléments étrangers à l'objet dont

---

(33) - Lazar Focsaneanu, Encore les ventes avec primes, J.C.P. 1972, doct. 2483 et : la loi de 1972 sur les ventes et prestations de service avec primes, J.C.P. 1973 I 2548.
(34) - J.O. Déb., A.N., 15 mars 1951, p. 1903.
(35) - J.O. Déb., A.N., n° 79 du 19 octobre 1972, p. 4214.

on lui propose l'achat". Conçue comme moyen de promotion, la vente avec prime est, par son usage, susceptible d'abus. Parmi les arguments du rapport de la Commission des Affaires économiques de l'Assemblée Nationale (36), l'observateur relève, ainsi, que le commerçant qui n'utilise pas la prime est "infériorisé" par rapport aux concurrents qui n'hésitent pas à le faire ; pour obtenir les mêmes avantages, il augmente ses frais donc son prix. A l'appui de leur demande, ces victimes invoquent des arguments économiques :

- le mode normal de fixation des prix, par référence à la qualité, est faussé.

- L'attribution de prime est inflationniste. Le thème a largement été développé en 1951. Lors des travaux de 1972, il a été repris. Le Ministre du Commerce et de l'Artisanat déclare ainsi (37) : "Le recours à la pratique des primes sous forme de prestations de services ne peut pas être, dans la réalité économique, le fait de toutes les entreprises et, le plus souvent, cette pratique se trouve répercutée dans le coût et dans le prix". A cet égard, la distribution de prime en nature est moins critiquée que celle de titres donnant droit à une prime puisque cette pratique fut assimilée à la confection de fausse monnaie (38).

2) La réaction la plus violente est, à l'origine, sans conteste, celle des fabricants des primes, des objets distribués, contre leur gré, par d'autres commerçants. Ils ajoutent aux arguments économiques d'autres idées :

- La distribution gratuite de leur production déprécie ces objets auprès du public puisque celui-ci suppose qu'ils ne sont pas de qualité suffisante pour être vendus.

- Dans le cas de la prime différente de l'objet de la vente, le commerçant fausse le mécanisme normal de la distribution puisqu'il écoule un produit dont la fourniture n'entre pas dans le cadre de sa profes

---

(36) - Doc. Parlem., A.N. fasc. 12, Session 1950, Annexe n° 9441, p. 363.

(37) - J.O. Déb., A.N. n° 79, 19 octobre 1972, p. 4414 ; argument repris sans grande conviction selon M. Focsaneanu, chron. préc. n° 15.

(38) - J.O. Déb., A.N. 15 mars 1951, p. 1902

sion habituelle (39).

314 L'accumulation de cette argumentation est, certainement, à l'origine de la législation antiprimes. Il n'est pas certain qu'elle soit justifiée. Si la prime contribue à la hausse des prix -il est indéniable que le prix doit en être payé- elle ne le fait que dans une mesure limitée qui ne doit pas être exagérée. M. Focsaneanu s'est particulièrement attaché (40) à démonter l'opposition. Les faits démentent l'effet inflationniste de la prime car, dit-il, : "Parfois le même producteur fabrique et vend, sous des marques distinctes, un article avec prime et un article sans prime les deux produits étant de qualité identique ou comparable. L'observation du marché ne permet pas de constater que les articles avec primes soient plus chers que ceux sans prime". La distorsion des circuits économiques peut, ensuite, être évitée, en prenant soin, pour écarter toute concurrence à l'égard d'autres vendeurs de produits identiques à la prime, de marquer cette dernière de façon apparente et indélébile. Quant aux primes consistant en services, l'auteur note, justement, que les plus importantes ne concernent pas le consommateur mais restent internes aux circuits de vente professionnels. M. Focsaneanu défait, par la logique, l'argument souvent invoqué du prix : rien ne prouve que la prime s'ajoute au prix de vente car elle peut être compensée par d'autres éléments (la prime qui augmente les ventes réduit les coûts...). En réalité, la législation est protectionniste : elle réserve les droits acquis des grandes entreprises implantées ou de celles ne recourant pas, volontairement, à ce système. Le rattachement de la loi à la concurrence est certain en 1951. Peu à peu, il s'est nuancé et la protection de l'acheteur s'y est surajoutée. Provoquée par les professionnels, la législation s'est adaptée aux exigences nouvelles du droit de la consommation. A titre d'exemple, il convient, notamment, de relever l'existence du droit d'agir en justice des associations de consommateurs, accordé par l'article 46 de la loi du 27 décembre 1973. La loi

---

(39) - J.O. Déb., 15 mars 1951, p. 1903.
(40) - Focsaneanu, chron. préc., J.C.P. Doct. n° 2483, n° 10 - 11.

du 20 mars 1951, dans sa rédaction actuelle, répond donc à deux objectifs dont la finalité diffère mais dont les moyens se rejoignent. L'examen des caractères de la répression permet d'en apprécier l'opportunité.

§ 2 : L'opportunité de la législation relative aux avantages gratuits :

La réponse à cette recherche est négative, trois raisons soutiennent cette analyse : la législation est mal faite, inadéquate et inutile.

A - Une législation mal faite :

315 Plusieurs imperfections législatives textuelles ont déjà été déterminées. Fort gênantes pour le juge, elles sont regrettables pour le commerçant ou le public qui ressent le système répressif comme particulièrement indéchiffrable. S'agissant d'un texte pénal, les incertitudes qu'il autorise sont inadmissibles ce qui permet à M. Lugan (41) de qualifier la loi du 20 mars 1951 modifiée de "véritable monstre, oeuvre de la génétique législative actuelle". Par exemple, la loi du 29 décembre 1972 contient un article 8 se référant aux articles 1 et 2 de la loi du 20 mars 1951. Or la loi du 29 décembre 1972 fond, en un seul article, ces deux textes et, en fait, l'article 2 n'existe plus ! Dans le même ordre d'idées, quel est l'usage de l'article 1° § 2 qui interdit les primes différentes de l'objet de la vente puisque l'article 8 § 1 les prohibe déjà expressément. Contradictions formelles dira-t-on, non car elles atteignent le fond du droit et compliquent singulièrement l'oeuvre du magistrat. Il "semble", dit M. Lugan (42), que le 13 à la douzaine soit désormais une prime licite mais en

(41) Lugan, les ventes avec primes et la publicité mensongère dans la loi d'orientation du commerce et de l'artisanat, dite loi Royer, G.P. 74, Doct. 237.
(42) - Lugan, chron. p.238.

il possible de la dire avec certitude ? Que penser des décalages entre la volonté réelle et la volonté exprimée du Parlement qui, par exemple, limite les cadeaux tout en n'entendant pas y mettre fin... Comment s'étonner du peu de ferveur des magistrats à appliquer une loi qui ne convainc personne ?

Ces lacunes résultent de la précipitation avec laquelle les textes sont pris : dès que la pratique , commerciale, ou judiciaire, s'habitue à un texte, il est modifié. La législation, ensuite a été élaborée sur la base de simples impressions subjectives. Aucune étude objective ne semble, selon M. Focsaneanu (43), avoir précédé l'idée de prohibition de la vente avec primes : seul un vague "bon sens" paraît guider l'Administration et le législateur. L'opinion est indifférente face aux abus, réels ou exagérés, des professionnels. De leur côté, les organisations de consommateurs, initialement, n'avaient pas inscrit cette sanction au nombre de leurs revendications. L'évolution législative laisse l'impression d'un pénible replâtrage d'un mur se fendillant sans cesse parce que disjoint dès sa construction.

B - Une législation inadéquate :

16 Rien ne démontre avec certitude la réalité des motifs invoqués à l'appui de la législation antiprimes. Cependant, même en supposant acquis le principe de la condamnation de cette forme de vente, elle doit être aménagée.

1) Certes, la loi du 29 décembre 1972 augmente le nombre des primes autorisées, ce que confirme la loi du 27 décembre 1973, mais les peines encourues sont trop sévères. La jurisprudence suit fréquemment les mêmes tendances répressives. Ainsi, le délit est-il constitué même si le client a le choix entre plusieurs primes dont certaines sont licites alors qu'une seule d'entre elles est illicite (44). Apparaissant aux yeux du public comme un abus éventuel, mineur, l'infraction est, au

---

(43) - Focsaneanu, chron. préc., J.C.P. 1972, n° 3 et 1973,3.
(44) - Exemple : T. corr. Seine 16 décembre 1958, D. 59,239, note FG.

plan législatif, gravement sanctionnée (45). Ainsi, l'ordonnance du 28 septembre 1967, relative aux conditions de concurrence, l'assimilait-elle au délit de pratique de prix illicite. Lui reconnaître ce caractère d'infraction mineure, mais devant être effectivement sanctionnée, serait réaliste.

2) La loi du 29 décembre 1972 est un texte "améliorant, dit le législateur, les conditions de la concurrence". La loi Royer insère les ventes avec primes dans son chapitre III relatif à "l'amélioration des conditions de la concurrence". Si la vente avec primes gêne certains professionnels : publicitaires classiques, grandes entreprises bien implantées ou titulaires de marques connues, sa prohibition nuit au dynamisme commercial, à l'implantation de nouveaux commerçants, bref nie la concurrence dans son sens le plus pur pour autant, c'est une lacune essentielle du droit français, qu'une définition puisse être apportée au mot "concurrence". Or, c'est bien sur ce point que le législateur crée un malaise. Il protège une certaine concurrence, celle qui existe, mais, à partir d'hypothèses hasardeuses, condamne une autre concurrence, peut-être tout aussi juste. Le choix est politique. Sans opérer un renversement complet de la législation, son aménagement est souhaitable car la prime est aveugle. Ainsi, l'interdiction des primes se justifie-t-elle moins dans les ventes entre professionnels à égalité technique qu'à l'égard des ventes directes au public. L'argument "prix" justifie seul la sévérité, renforcée en 1973, à l'égard du professionnel. Une étude objective peut seule permettre d'étudier et de fixer l'influence réelle de la prime sur le prix, donc de distinguer les véritables responsables de l'inflation.

3) La législation est d'application trop générale. Elle ne fait aucune distinction entre les primes. M. Focsaneanu développe cette idée en en soulignant les deux aspects (46).

---

(45) - Les infractions sont assimilées à la pratique de prix illicites et punissables d'une amende de 60 à 2000 000 F. et d'un emprisonnement de deux mois à deux ans ou de l'une de ces peines seulement sans préjudice de l'application de peines complémentaires.

(46) - Focsaneanu - Encore les ventes avec primes, J.C.P. 1972, doct. 2483, n° 4 et 5.

- Elle confond les ventes avec timbres primes avec les ventes avec primes en nature. "La vente avec prime en nature est, dit-il, un des moyens publicitaires employés depuis de longues années et qui permet au petit commerçant une publicité facile et relativement peu onéreuse, il n'y a là rien, à mon avis, de critiquable en soi".

- Surtout, sans distinguer les phases des échanges économiques, elle prohibe, indistinctement, le cadeau important fait par un industriel à son grossiste et le petit objet donné en prime à la ménagère. Une différence de régime selon la vente est concevable : une nouvelle définition de la prime est nécessaire, selon qu'elle s'applique entre professionnels ou entre un professionnel et un profane.

C - Une législation inutile :

317 La loi du 20 mars 1951, dans sa rédaction actuelle, est sévère par la gravité des peines encourues . Le consensus ne s'est pas fait quant au bien-fondé de cette sévérité. La distorsion de pensée apparaît, notamment, en jurisprudence. La réticence du juge à réprimer les ventes avec primes est évidente. Le magistrat, réagissant en usager, conçoit mal l'équité de la sanction. Comment en serait-il persuadé face à une législation instable, à un Parlement se contredisant souvent et ouvertement ? La prime est perçue comme peu dangereuse, voire avantageuse, pour l'usager. Il est d'ailleurs probable que le droit d'agir des associations de consommateurs n'augmente pas le nombre des poursuites puisque ces auxiliaires du Ministère Public n'inscrivent pas cette pratique au premier rang de leurs victimes désignées.

318 Il convient, ensuite, d'être réaliste : tout comme la publicité, dont elle n'est qu'une manifestation, la prime pullule actuellement.Nombreuses sont illicites si la loi est prise à la lettre. Si l'Administration songeait à une répression systématique, visiblement, elle ne pourrait les mettre en oeuvre (47). Il ne s'agit pas de justifier un abus en remarquant la difficulté à y mettre fin mais la consta-

---

(47) - Focsaneanu, chron. préc., J.C.P. 1973 I, 2548, n° 5.

tation souligne l'inadéquation du système répressif actuel. Enfin, il n'y est pas certain que, dans le cadre de l'harmonisation des législations européennes, le droit français suive une tendance générale et de nature à être maintenue dans l'avenir.

319 La législation relative aux avantages gratuits est inadaptée. Le principe de prohibition se justifie difficilement. Malgré cela, depuis 1951, le législateur le confirme régulièrement. Son caractère protectionniste d'un certain commerce est indéniable mais il est dangereux et abusif de soutenir cette condamnation par une argumentation qui ne s'y rapporte pas.

Une solution plus digne est concevable. Technique promotionnelle, la prime a évolué. Initialement utilisée comme moyen de développer les ventes, il s'y est adjoint une seconde fonction : le soutien du produit constituant la prime ou de son fabricant. Les deux fonctions ont la même nature : la publicité commerciale. Le bien-fondé de la répression des abus de la publicité mensongère est établi, notamment du point de vue de la protection du consentement. Pourquoi ne pas intégrer la répression de ces procédés dans la sanction d'une publicité trompeuse au sens large ? La loi du 2 juillet 1963 offre le cadre suffisant à cette assimilation. Elle aurait pour conséquence d'étendre largement le nombre des primes autorisées puisque seul le mensonge ou la tromperie encourrait la répression pénale.Cette proposition ne répond pas à l'argument inflationniste mais cette exigence relève d'un système de contrôle des prix, à la suite d'une étude réelle et sérieuse de ce facteur. La solution a le mérite d'homogénéiser la législation relative soit au contrôle de la promotion commerciale soit au contrôle des prix, phase préalable à l'élaboration de ce que M. Raymond appelle (48) une"Charte de la vente". Au stade de la promotion du produit, le droit français actuel est imparfait ; son évolution est nécessaire. Qu'en est-il à l'étape suivante ? En d'autres termes,comment le droit français contrôle-t-il le risque de fraude sur la qualité réelle du produit ?

(48) - Raymond, La vente avec primes, chron. préc.

TITRE III LA PROTECTION CONTRE LA DELOYAUTE DANS LA VENTE COMMERCIALE PAR LA SURVEILLANCE DE LA QUALITE.

La déloyauté consistant en une attitude de mauvaise foi, ses formes sont aussi variées que son domaine est vaste. Elle s'exerce par le biais de la promotion commerciale ou de certaines techniques de vente mais aussi, fréquemment, directement sur le produit, par la fraude au détriment de l'acquéreur. Appréciée par rapport à sa volonté, elle revient à provoquer volontairement, dans son esprit, une erreur sur l'objet du contrat, sur la prestation commerciale. A la base, la fraude contient, donc, une erreur que l'article 1110 du code civil, compte tenu de l'élargissement remarquable du concept de substance concerne, du moins dans les principes. Mais, s'agissant d'un acte déloyal, l'hypothèse paraît plus exactement être celle du dol de l'article 1116 du code civil. La fraude sur le produit crée un réel vice du consentement, mais le contenu moral de la notion est important et, face aux insuffisances de la sanction du dol, comme de celle de l'erreur, justifie l'existence d'un régime juridique spécifique.

La loi du 1° août 1905 choisit la répression des agissements frauduleux mais la sévérité légale ne s'explique que par l'existence préalable d'un système législatif de prévention de la qualité, s'insérant dans l'information, plus vaste, du contractant : si la première étape échoue, la sanction pénale s'applique à celui qui trompe le contractant.

A ce second stade, la surveillance de la qualité présente, quelles qu'en soient les formes, plusieurs traits :

- Elle peut être qualifiée de réelle, par opposition au contrôle des techniques de vente qui, dans cette classification, serait personnel.

La surveillance s'exerce essentiellement sur un produit, non sur un commerçant, alors même que ses effets, en l'occurrence la sanction, s'appliqueraient à des personnes.

- Il en découle un second trait : son caractère effectif. Les divers fondements de la surveillance : consentement, santé, concurrence, s'entremêlent mais présentent, un à un ou cumulativement, le même aspect impératif. Le recours à la sanction pénale, l'attitude judiciaire, en sont les conséquences.

- Le troisième trait du système est son objectivité, laquelle résulte également du caractère réel de la surveillance. La déloyauté qui sous-tend le concept de fraude, est une notion faisant une large référence à la morale, aux usages professionnels. L'objectivité de la surveillance contredit quelque peu l'idée puisque la répression tend à devenir automatique, en recourant à des critères objectifs, exclusifs de toute appréciation morale. Les remarques ne sont, en réalité, pas inconciliables : c'est la loyauté elle-même qui s'objectivise ; d'une notion morale imprécise et fluctuante, le système légal et jurisprudentiel de répression des fraudes fait une obligation particulière et stricte, un droit professionnel à la charge du vendeur.

La base du système répressif de surveillance de la qualité résulte des délits généraux de la loi de 1905 : fraude par tromperie ou falsification (chapitre 1°) mais, complémentairement, l'efficacité du contrôle est assuré par des garanties juridiques et judiciaires (chapitre 2).

CHAPITRE I - LE CONTROLE DU PRODUIT PAR LES DELITS GENERAUX DE LA LOI DU 1° AOUT 1905.

22 La loi du 1° août 1905 constitue le droit commun de la surveillance a posteriori de la qualité du produit, de la marchandise vendue. Créant une série de délits particuliers, elle est essentiellement connue par ses deux principales catégories de fraudes : la tromperie (art. 1°) qui est le fait, par des paroles ou des manoeuvres précises, de faire croire que la chose à vendre diffère de ce qu'elle est en réalité ; la falsification (art 3), ensuite, consiste à frauder le produit lui-même, à préparer le faux servant éventuellement à une tromperie.

23 Le mérite du législateur en 1905 est double :

- Il a su combler les lacunes de textes généraux, non adaptés aux exigences spécifiques du commerce tels les articles 1116 du code civil ou 405 du code pénal, qui obligent le juge à les déformer à l'extrême. La loi du 1° août 1905 trouve, dans le contrat de vente, un domaine de choix et, si elle reste applicable à d'autres situations, ces hypothèses sont marginales. Or, dans le cadre ainsi fixé, les délits sont généraux quant aux marchandises protégées, quant aux contractants, vendeurs ou acquéreurs, quant, enfin, aux fraudes elles-mêmes puisqu'aucune définition contraignante ne limite l'action pénale.

- Texte répressif, la loi du 1° août 1905 n'en a pas moins un rôle largement préventif. Les délits de fraude sont connus et les textes susceptibles d'être appliqués ; l'effet intimidateur de la loi pénale n'est pas, en l'espèce, à négliger. L'interprétation jurisprudentielle du texte, notamment la compréhension de l'élément intentionnel de la tromperie, est stable dans sa sévérité envers le professionnel du commerce. Cette attitude conduit à la création d'une véritable obligation

de vérification de sa production par le professionnel. Par la sanction, la loi pénale atteint-elle souvent un tel effet ?

324 Les deux traits sont communs à la tromperie et à la falsification, les deux types de fraudes étant voisins et coexistant fréquemment. On a voulu (1) les distinguer en considérant que le premier atteint le contrat alors que le second porte sur le produit. La distinction, pour exacte qu'elle soit, ne s'applique pas à une étude relative à la protection du consentement. C'est le fondement de chaque délit qui permet d'exclure d'un tel système, le délit de falsification.

Plus précisément, mais sommairement, quelle est la constitution du délit ? Matériellement, il se réalise par la création d'un faux produit, d'un faux. La jurisprudence a la conception la plus large de l'infraction et n'a guère varié en ce sens. Une décision ancienne reste toujours d'actualité (2) en énonçant : "la falsification de denrées alimentaires consiste non seulement dans l'altération frauduleuse des éléments qui la composent mais encore soit dans la substitution d'éléments autres que ceux qui entrent dans leur composition normale soit en faisant subir à la physionomie des produits, de quelque manière que ce soit, un changement de nature à en varier ou déguiser la composition naturelle et ce sans que le public en soit averti". Les modes de falsification ne sont donc pas définis mais variés puisqu'il peut s'agir de la dissimulation d'un inconvénient du produit, de l'abolition d'un élément non admis par l'usage ou le règlement alors même qu'elle serait tolérée par l'Administration. La conception large du délit supporte, cependant, une importante limite : la falsification n'est punissable que, sous réserve d'autres incriminations, si elle s'exerce sur des marchandises déterminées qui sont, en gros, des denrées propres à consommer (3). La limite ainsi apportée à la sanction générale des falsifications par la loi conduit à s'interroger sur le fondement de cette répression.

(1) Nguyen Thanh, op. cit., n° 177.
(2) Lyon 2 janvier 1908, D. 1908, p. 82.
(3) Article 2 : denrées destinées à l'alimentation de l'homme et des animaux, boissons, produits agricoles ou naturels, substances médicamenteuses.

L'objectif unique de l'incrimination paraît être d'ordre public : la protection de la santé de l'homme ou des animaux contre des produits toxiques ou nocifs. Quelques remarques nuancent l'idée :

- On ne protège pas le falsificateur contre lui-même, alors que sa santé paraît entrer dans le domaine de la protection. En réalité, la loi exige que le produit falsifié soit destiné à la vente car c'est la santé publique qui est visée et non les agissements d'un individu contre lui-même.

- Le délit est intentionnel (article 3). En conséquence, le juge en déduit qu'il cesse d'être constitué au cas d'erreur du fait du fraudeur qui falsifie en ignorance de cause (4). De même, la fraude n'est pas punissable dès qu'elle est connue et voulue, de façon certaine, par l'acheteur (5), censé en accepter les risques. Les exigences de la santé publique ne méritent-elles pas de considérer le délit constitué dans ces deux hypothèses ce qui, respectivement, reviendrait à imposer une obligation de sécurité au vendeur et, d'autre part, à protéger l'acheteur contre lui-même ? Si la solution est écartée, il faut, en réalité, y voir plus une prise en compte du caractère pénal de l'action qu'une considération du consentement des contractants.

- Enfin, la falsification est punissable même si elle atteint des qualités secondaires des produits ou lorsque son résultat ne met pas directement, la santé de l'homme ou des animaux en danger. L'automatisme de la répression paraît se justifier par le souci de protection du consentement puisqu'il suffit d'un simple défaut de conformité apprécié compte tenu de ce qui est convenu, des usages ou des règlements, pour admettre le délit. Mais, le délit ne concerne que certains produits alors que la logique voudrait que son domaine fut général. Il convient de prendre le terme "santé", fondement de la falsification dans son acceptation la plus large.

---

(4) - Ex : crim. 31 mai 1962, J.C.P. 62 II, éd. G. 12760, note J. Vivez.
(5) - Ex : crim. 17 février 1912, Bull. crim., n° 101.

Quelques fausses notes, peu convaincantes, ne doivent pas permettre de douter de la finalité de l'article 3 de la loi qui est bien la protection de la santé publique. La principale condition matérielle est la destination du produit à la vente. Seul l'acte préparatoire, l'acte matériel de falsification, en dehors de toute tromperie, est visé, que le contrat soit ou non conclu. Si le délit de falsification doit, dans la logique, être exclu d'un système juridique de protection du consentement dans la vente commerciale, il n'en a pas moins une importance certaine mais indirecte : il renforce la sanction de la tromperie. Comme tel, il est, parmi d'autres techniques, une garantie de son efficacité (chapitre 2). L'étude des délits généraux se limite alors à la tromperie de l'article 1°, tant dans ses éléments matériels que moraux.

SECTION 1 - L'élément matériel de la fraude par tromperie : les tromperies punissables.

325 Les exigences de la sauvegarde des intérêts pécuniaires comme de celle du principe d'intégrité du consentement sont d'autant plus dignes de considération s'ils sont bassement atteints. La fraude détermine un automatisme de la sanction dans la loi du 1° août 1905. Le texte fixe l'élément matériel du délit de façon précise et il suffit de le réaliser pour que l'essentiel du délit soit constitué. Cette objectivité a été complétée et précisée par l'Administration dont le rôle normatif est, à cet égard, énorme ; les usages ont également joué un grand rôle dans la création d'un système normalisé imposant au professionnel, une certaine loyauté des affaires et une protection parallèle du cocontractant qui connaît exactement l'étendue de ce qui lui est dû. La finalité du système paraît, a priori, n'être que la protection des intérêts pécuniaires du contractant atteints par la déloyauté, mais la classification des éléments de la tromperie punissable souligne la volonté de protection du consentement.

§ 1 : Les éléments de la fraude dont l'action directe sur le consentement doit être démontrée.

326 La méthode légale est celle de l'appréciation subjective de l'influence de la déloyauté sur le consentement : la victime doit prouver l'influence déterminante du vice sur sa volonté dans la conclusion du contrat. Trois éléments relèvent de cette catégorie.

A - Les qualités substantielles du produit :

327 L'expression est, évidemment, empruntée à l'article 1110 du code civil. S'agit-il d'une simple commodité sans conséquence ou bien, ce qui est plus intéressant, l'interprétation relative à la substance de l'erreur civile peut-elle être reprise pour la tromperie ? Si, en 1905, l'évolution de la notion de qualité substantielle n'est pas terminée, elle est suffisamment entamée pour comprendre que le législateur n'aurait pas repris, au pénal, les mêmes termes sans vouloir en tirer de conséquences. D'ailleurs, le délit suppose une tromperie, une grave déloyauté. Il est, ainsi, possible d'admettre largement l'erreur civile, dans son interprétation, au pénal. "Il s'agit, rappelle M. Vivez (6), des qualités principales ou exceptionnelles qui appartiennent naturellement à la chose, objet du contrat, lorsqu'il ressort soit de l'intention exprimée des parties, soit des circonstances dans lesquelles le contrat a été conclu, notamment en raison de ces qualités, et ne l'aurait pas été sans elles". La "qualité normalement prévue au contrat" correspond bien à la qualité substantielle du droit civil (7). L'erreur substantielle est l'erreur déterminante, le caractère déterminant résulte soit de la nature de la qualité, de sa normalité, soit de l'intention exprimée des parties, l'ensemble constituant les qualités que le contractant a principalement en vue et sans lesquelles il n'aurait pas contracté. Le juge pénal

---

(6) - Jacques Vivez - J.C.P. Pénal, Lois annexes Commentaires, fasc. B. Sur cet élément : Liotard Encycl. pén., V° Fraudes n° 27 et Jurisprudence française, V° Vente (Fraudes et délits), n° 58 à 107.

(7) - Voir notamment les termes de la décision : T. corr. Seine 22 juin 1962, G.P. 8 sept. 62 - D. 62, Som. 115, G.P. 62,2,p. 99.

recourt tantôt à l'un, tantôt à l'autre de ces critères.

328 Ne constitue pas, par exemple, une qualité normale la dénomination fausse de rôti de viande attendrie, sans que le consommateur en soit averti. "L'expression qualité substantielle, dit à cette occasion la Cour Suprême (8), doit se définir dans le sens du code civil comme l'ensemble des qualités bien déterminées que l'acheteur a en vue lorsqu'il contracte et faute desquelles il n'aurait pas contracté". Il en est de même de la tromperie sur le millésime d'un vin (9), de l'indication sur des flacons d'alcool sans propriété stérilisante que trois gouttes suffisent à stériliser l'eau d'un verre (10), de la vente comme poulets de campagne de simples poulets d'élevage nourris à l'aide d'aliments composés (11)... Cette première catégorie est, de loin, la plus nombreuse, elle est complétée par les tromperies sur les qualités substantielles expressément prévues soit au contrat, soit par les circonstances de l'espèce.

329 Dans ce second mode d'appréciation, le juge se réfère aux circonstances de l'espèce, notamment à la catégorie des contractants trompés. Dans une décision devenue classique (12), le Tribunal Correctionnel de la Seine adopte cette appréciation très concrète et très subjective de l'élément de la tromperie, en condamnant un boucher qui vendait, sous la dénomination de viande Kacher, de la viande d'animaux tués sans respecter le rite israélite alors même que les qualités nutritives "normales" du produit étaient respectées. Complémentairement, la notion de qualité substantielle suppose l'exclusion des qualités dites secondaires, solution en harmonie avec le droit civil. La valeur ne constitue donc pas une qualité substantielle, l'exagération du prix

---

(8) - Crim. 18 octobre 1966, J.C.P.67 II 14906,note Vivez;T.corr. Seine 22 juin 1962, préc.
(9) - Crim. 17 octobre 1962, J.C.P. 63 II, 13071, note Vivez.
(10) - Crim. 1° décembre 1916, Bull. crim., n° 268.
(11) - Crim. 20 janvier 1966, Bull. crim., n° 31 ; Lyon 6 juillet 1962 J.C.P. 62 II 12862 et jurisprudence au J.C.I. pén., V° Fraudes, n° 11 s.
(12) - T. corr. Seine 6 janvier 1964, J.C.P. 64,1, p. 447 ; Contra : T. corr. Seine 11 avril 1935, G.P. 1935,1, p. 867 ; Paris 30 octobre 1974, D. 75, Som. 31 ; Crim. 21 juillet 1971, D. 71, Som. 189.

par tromperie n'est pas une fraude pénale, même si elle constitue un dol civil (13).

La qualité substantielle, élément de la fraude est en conformité avec la protection du consentement sous les réserves indiquées lors de l'étude de l'erreur. D'autres catégories font référence à une appréciation identique.

B - L'origine et l'espèce du produit :

330 Le législateur est direct puisque la loi précise que la désignation de l'espèce ou de l'origine doit être la cause principale de la vente d'après la convention ou les usages. L'espèce, précise M. Vivez (14), est la particularité qui distingue les choses d'un même genre, alors que l'origine est le lieu de production d'un produit naturel, ou le lieu de fabrication ou, même, le fabricant de produits transformés. Tenu au respect des termes légaux, le juge doit mentionner le caractère déterminant, ce qui est conforme à la théorie des vices du consentement. Il est vrai que cette précision peut résulter des faits de l'espèce. Il y a ainsi tromperie sur l'origine présumée dans la vente de tapis fabriqués en Europe et auxquels on attribue une origine orientale (15), dans la vente d'une copie en tant que meuble authentique (16)...

L'importance attachée par le contractant à l'un ou l'autre élément résulte, expressément ou tacitement, du contrat, compte tenu des circonstances ou de la nature de la chose. Les usages jouent un rôle complémentaire, mais qui n'est que secondaire. Cette importance relative tient, tout d'abord, à l'acceptation large de la notion de

---

(13) - Cf. J.C.L. pén. fasc. préc., n° 32 (La falsification ne connaît pas cette limite, les impératifs de la santé, lato sensu, exigeant l'automatisme de la répression).

(14) - Vivez, op. cit., n° 41 et 42, (fasc. B - 1) et Liotard, chron. préc. n° 35, sur l'exposé des motifs de la loi.

(15) - Crim. 21 octobre 1969, Rec. Dr. Pén., 1959,390 ; 17 janvier 1962, G.P. 62,1,221 ; Angers 19 mars 1967, J.C.P. 62,2,12681.

(16) - Crim. 17 octobre 1947, J.C.P. 47 IV. éd. G. 206 et jurisprudence au J.C.L. pén., n° 48 s.

qualité convenue (17) mais, aussi, à l'évolution du droit des appellations qui a quelque peu modifié l'utilité de la loi sur les fraudes. En 1905, l'exigence du caractère déterminant résulte de la volonté d'éviter de trop nombreuses condamnations au détriment des fabricants. La multiplication des abus a permis la création de la législation des appellations d'origine marquée par son automatisme : la preuve de l'action du vice sur le consentement n'est plus exigée (les mêmes remarques s'appliquent à la loi du 26 mars 1930 relative aux indications de provenance). Cependant, la loi du 1° août 1905 conserve, par sa sévérité, une utilité certaine et reste présente pour pallier les éventuelles lacunes des textes spéciaux.

C - La nature de la marchandise :

331 La tromperie qui s'exerce sur la nature de la marchandise est la plus primaire, mais, aussi, la plus courante. Elle porte sur le corps même du produit et consiste, par exemple, à livrer des perles de culture au lieu de perles fines (18), de la graisse végétale à la place d'huile comestible (19). Elle porte, ensuite, sur un corps exact mais dénaturé : il s'agit, ainsi, de livraison de farine comportant des substances nuisibles comme farine panifiable (20). Conçue si largement, la nature supporte des tromperies très variées. La jurisprudence relie la déloyauté au consentement individuel alors que le texte de loi ne le fait pas : sous réserve de l'application du délit de falsification ou de tromperie sur les qualités substantielles ou la composition, la tromperie sur la nature n'est pas condamnée lorsque le produit conserve ses propriétés de manière suffisante et peut encore servir à l'usage normal auquel il est destiné, malgré la présence frauduleuse de produits étrangers (21). L'exclusion des qualités secondaires est révélatrice du

(17) - La seule limite est la notion de désignation géographique générique, tombée dans le domaine public.
(18) - Cass. Req. 5 novembre 1929, G.P. 29,2,864.
(19) - Crim. 7 avril 1938, Bull. crim., n° 115.
(20) - Crim. 15 novembre 1912, Bull. crim., n° 555.
(21) - Crim. 27 août 1858, S. 58,1,842 ; Contra : Crim. 10 février 1859, S. 59,1,442.

rattachement de la tromperie sur la nature aux vices du consentement, mais, pratiquement, le fraudeur est condamné à la suite de fraude sur d'autres éléments telles les qualités substantielles ou la composition.

La méthode de protection du consentement varie à l'occasion d'autres éléments de la fraude : le vice est alors présumé par une appréciation objective de son action sur la volonté.

§ 2 : Les éléments de la fraude dont l'action directe sur le consentement est présumée :

Relèvent de cette catégorie : la composition et la teneur en principes utiles, la quantité et l'identité de la chose.

A - La composition et la teneur en principes utiles :

332 La tromperie prend une forme plus moderne et en extension actuelle car la fraude est plus subtile. Malgré la fréquente confusion des deux notions, M. Vivez les distingue ainsi (22) : "La tromperie sur la composition d'un produit consiste dans l'indication mensongère en qualité ou en quantité des corps qui le composent. La tromperie sur la teneur en principes utiles est une tromperie sur la quantité des seules substances vraiment utiles. C'est la tromperie sur le titre". La tromperie sur la teneur en principes utiles par sa référence aux substances vraiment utiles rappelle la fraude sur les qualités substantielles et la pratique voit fréquemment la confusion des deux hypothèses.

Il est aisé d'établir le vice du consentement par une comparaison entre ce qui est fourni et ce que la volonté des parties, la loi, le règlement ou l'usage, imposent. La tâche du juge et de l'Administration est simplifiée par la multiplicité des règlements fixant la composition des produits vendus. Il suffit que le chocolat ne contienne pas la quantité de cacao entier prévu par le règlement afférent pour

---

(22) - Vivez J.C.L. pén., n° 24 ; cf : Liotard, op. cit., n° 29 et Dic. Perm. n° 9, V° Fraudes.

qu'existe la fraude (23). En l'absence de réglementation, il revient à l'usage de fixer la composition. M. Vivez (24) souligne, avec raison, qu'il est délicat d'en fixer la portée et le contenu puisque la loi du 13 juin 1866, relative aux usages commerciaux, ne définit que quelques usages et puisque, d'autre part, les définitions établies lors du Congrès International de la Répression des Fraudes de 1908 et 1909 sont fragmentaires et dépassées. La Cour de Montpellier a, cependant, déclaré (25) que les usages pouvaient être appréciés par analogie. Enfin, à titre complémentaire, les circulaires de l'Administration reprenant des usages peuvent être considérées (26). Le pouvoir réglementaire comble, heureusement, peu à peu, ces lacunes en homologant les usages, même s'ils ne sont pas confirmés par un texte légal.

Les contractants peuvent écarter toute incertitude en intégrant les qualités du produit dans le champ contractuel. La remarque vaut, surtout, à l'égard de la teneur en principes utiles dont le contenu est actuellement bien moins établi que celui de la composition. Par exemple, si un prospectus nomme un produit "encaustique supérieur à la térébenthine pure" alors que le solvant contient un tiers de succédané, les sanctions de la loi du 1° août 1905 sont encourues (27). Il en est de même d'une bière "Bock" contenant en réalité de la simple bière de table (28).

333 Quelle est la marge de tromperie licite ? En d'autres termes, un simple écart de composition ou de teneur justifie-t-il la condamnation ? A l'inverse des qualités substantielles, le juge ne recherche pas si la marchandise conserve ou perd l'usage normal qui est le sien (29). Cet automatisme n'est compensé, dans un souci d'écarter

---

(23) - Crim. 28 janvier 1911, S. 1914,1,118 ou, pour de la farine de gruau : Crim. 9 août 1913, Bull. crim., n° 416 ; cf : jurisprudence française, n° 58 à 107.
(24) - J. Vivez, J.C.L. pén., fasc. préc., n° 37.
(25) - 15 janvier 1964, D. 64, Som. 58.
(26) - cf. note J.C. Fourgoux : "Les usages et la portée des avis du Service de la Répression des fraudes" note sous Crim. 6 février 1974, D. 74, J. 493.
(27) - Crim. 17 février 1934, Bull. crim. n° 38.
(28) - T. corr. Lannion 26 octobre 1938, Ann. Fals. Fr., 1939, p. 220 et J.C.L. pén. n° 38.
(29) - Crim. 9 août 1913, Bull. crim., n° 416.

toute action abusive, que par une limite équitable : la composition ou la teneur doit être nettement différente de ce qui a été promis ou annoncé. L'objectivité du jugement judiciaire est remarquable puisque la théorie des vices cachés, elle-même, ne la connaît pas, elle apparaît, également, à l'étude d'un autre élément : la quantité.

B - La quantité du produit :

34 La tromperie sur la "quantité des choses livrées" peut s'exercer sur l'ensemble des caractéristiques quantitatives de la marchandise : poids, nombre, longueur, volume selon la forme de la vente : au poids, à la douzaine ou autre, au mètre, au volume... La jurisprudence a eu l'occasion d'appliquer cette forme de l'incrimination (30). Constitue ainsi la tromperie sur la quantité le fait de vendre des animaux après leur avoir fait absorber, la veille, de grandes quantités de nourriture afin d'augmenter artificiellement le poids de viande vendue (31). Le juge applique avec sévérité l'automatisme de la loi du 1° août 1905. En effet, malgré quelques décisions contraires, elle condamne pour tromperie sur la quantité le professionnel livrant un produit ne correspondant pas à la quantité demandée alors qu'il a pris des mesures pour pallier une diminution due à une cause naturelle (32).

La caractéristique de cette forme de tromperie est sa date : le contrat originaire est valable, l'échange de consentements loyal mais l'exécution en est incorrecte. "La chose offerte, dit M. Vivez (33), est loyale mais, après le contrat, on remet moins qu'il n'était convenu, ou on se fait remettre d'avantage". Le consentement reste, malgré tout, protégé par l'existence du délit : en effet, le commerçant est généralement de mauvaise foi lors de la vente mais cette mauvaise foi ne s'extériorise pas. Elle n'apparaît matériellement qu'au moment de la livraison du produit. Pour cette raison, fort logiquement, la tromperie est appréciée lors de la livraison, au moment

(30) - Cf. J.C.L. pén. n° 63 et Liotard, op. cit., n° 39.
(31) - Crim. 20 octobre 1937, G.P. 37.2.850.
(32) - Crim. 5 janvier 1966 préc ; Contra : T. corr. Seine 25 avril 1947, Rev. Fraudes, nouv. série, n° 1314, p. 78, note.
(33) - Vivez, fasc. préc., n° 59.

de l'exécution du contrat, et non lors de sa formation (34).

335 Dans ses rapports avec le système de protection du consentement, le délit de tromperie sur la quantité se rapproche sensiblement de la théorie des vices cachés de l'article 1641 du code civil. Tous deux présentent la même objectivité, l'absence de considérations morales,puisque la question essentielle est celle de la stricte exécution d'un contrat. La situation difficile du professionnel,se voyant presque systématiquement soupçonné de mauvaise foi,permet d'assimiler, de cet aspect, la fraude au vice caché pour lequel l'intention n'est pas une condition de mise en oeuvre de la garantie. Le rapprochement s'arrête à ce niveau. Les deux notions concernent, certes, l'exécution du contrat mais elles n'ont pas la même finalité : le délit pénal est essentiellement répressif.

C - L'identité de la chose :

336 L'identité du produit présente avec l'élément précédant des points communs puisque la tromperie qui la concerne se produit lors de l'exécution d'un contrat a priori exempt de déloyauté. Elle consiste à remettre, en fraude, un objet différent de celui qui a fait l'objet du contrat. La forme du délit ne se confond pas avec la tromperie sur la nature ou les qualités substantielles puisque l'identité suppose que les parties se soient mises d'accord sur un objet déterminé et individualisé. L'hypothèse est, ainsi, celle de l'acquéreur d'un meuble ancien qui, lors de la conclusion du contrat, le marque à son nom et s'aperçoit qu'un meuble identique, mais autre, lui est livré. Le juge n'a pas la possibilité, sous peine de cassation, de confondre tromperie sur la nature et tromperie sur l'identité (35). Les remarques faites à l'occasion de la tromperie sur la quantité du produit restent valables pour cette autre forme du délit qui, en jurisprudence, donne rarement lieu à application.

(34) - Ex : Crim. 16 juillet 1925, Rev. Fraudes, 1926, p. 197 ; Crim. 2 décembre 1948, Rev. Fraudes, nouv. série, n° 10, p. 33.
(35) - Crim. 10 novembre 1910, Bull. crim., n° 554 ; Contra. Crim. 16 janvier 1909, Bull. crim., n° 22.

337 Alors que très clairement dans la première catégorie des éléments de la fraude, relative aux qualités substantielles, l'origine, l'espèce et la nature du produit, la preuve de l'action directe sur le consentement doit être faite, la deuxième catégorie comprenant la composition, la teneur en principes utiles, la quantité et l'identité du produit peut-elle, en vertu des termes légaux, être celle par laquelle le législateur présume l'atteinte au consentement ? Il ne paraît s'agir que de situations nées d'une exécution de mauvaise foi d'un contrat originairement valable. La protection du consentement est assurée dans la mesure où le législateur tend à donner à la victime ce qu'elle a réellement voulu par contrat. Tout comme par la théorie des vices cachés, la protection est assurée a posteriori, en y ajoutant l'effet intimidant de la sanction pénale.

La tromperie paraît, à l'étude de son élément matériel, peu homogène. Il n'y a pas là inconvénient. La jurisprudence, variée et hétéroclite, souligne les possibilités du texte du 1° août 1905. Les conditions générales de mise en oeuvre du délit accentuent cet effet mais, surtout, soulignent le rôle protecteur de la législation des fraudes.

SECTION 2 - Les conditions de la répression de la fraude par tromperie

338 Les modes de tromperie sont, du fait de la souplesse de l'énumération légale et de son interprétation, variés . L'objectif criminologique est certain : atteindre la déloyauté en elle-même et non selon ses formes matérielles. Les conditions du délit de la loi de 1905 ne démentent pas cette opinion car elles-mêmes ne constituent pas une barrière à l'action judiciaire. Au nombre de trois, seule la dernière mérite de plus amples développements : un contrat, une marchandise et l'intention coupable.

339 A - La tromperie doit, tout d'abord, exister dans le cadre d'un contrat à titre onéreux (36). La tromperie suppose que la fraude s'exerce antérieurement, concomitamment ou postérieurement à un contrat. Un patron qui fournit, à titre de gratification, du vin mouillé à son personnel ne peut se voir appliquer la loi du 1° août 1905 (37). La loi ne précise pas la nature du contrat, mais c'est la vente commerciale qui offre les applications les plus fréquentes de l'article 1°. La formulation de cette condition du délit présente, cependant, un intérêt double :

- La loi n'exclut pas l'application du délit à l'acheteur. Très significativement, alors que le projet présenté par le Sénat visait "celui qui aurait trompé l'acheteur", les travaux préparatoires y ont substitué le terme, général, de "contractant". Le plus souvent, la tromperie émane du vendeur mais la fraude de l'acheteur n'est pas exclue. L'acheteur trompe, ainsi, le vendeur en faisant usage de faux poids ou de fausses mesures (38). En l'espèce, constitue la tromperie le fait pour l'acquéreur de placer une motte de beurre sur une bascule préalablement déréglée.

- L'exigence d'un contrat effectivement conclu (39) est stricte. La loi s'applique alors même que les cocontractants ont, postérieurement à la conclusion de l'acte, cherché à l'annuler (40). Cette rigueur permet de situer le délit de tromperie par rapport à d'autres incriminations. Il s'agit, tout d'abord, du dol dont le caractère déterminant s'apprécie de manière autonome et l'éventuelle conclusion du contrat n'est qu'un indice, certes prépondérant mais non obligatoire, de ce caractère. La tromperie, ensuite, s'exerce fréquemment par allégations, mensonges verbaux ou écrits, ce qui évoque immédiatement la publicité commerciale. La simple publicité ne constitue pas en elle-même le délit et l'incrimination de publicité mensongère de la loi du 2 juillet 1963 n'entre pas, à cet égard, en concours avec la loi du

---

(36) - Jurisprudence française, op. cit., n° 1 à 10.
(37) Crim. 20 avril 1934, G.P. 1934,2,98 Bull. crim. n° 80, p. 163 : cf. J.C.L. pén., n° 75 s.
(38) Crim. 17 décembre 1925, S. 26,1,142 et Litotard, op. cit., n° 23 ; également : Crim. 18 juillet 1974, D. 74, Som. 123.
(39) Sauf si la tentative est, légalement punissable : J.C.L. pén. fasc. préc., n° 141 s.
(40) Crim. 8 octobre 1964, J.C.P. 64 IV, éd. G. 142 Bull.crim. n° 261.

1° août 1905. Lorsque, postérieurement à la publicité mensongère, un contrat est conclu, la loi sur les fraudes ne peut être invoquée que s'il est démontré qu'au moment de la vente, l'acheteur pouvait être trompé (41).

340 B - Le contrat doit avoir eu pour objet la délivrance d'une marchandise, c'est-à-dire un meuble corporel qui se pèse ou se mesure. Il n'est pas exclu que l'avenir voit s'étendre la répression aux prestations de service comme cela s'est fait pour les ventes avec primes. De nombreux réglements ont précisé la composition, la définition, les qualités techniques de multiples produits. Leur énumération n'est pas limitative puisque toute marchandise est concernée (42). L'objectif de la législation des fraudes est la protection générale de la loyauté des transactions : peu importe le produit (43), seule la déloyauté est condamnée, dans un souci de protection de la victime. Constitue, donc, la tromperie le fait de vendre un vin de liqueur sous l'appellation de porto si cette indication a été la cause déterminante du contrat, sans avoir à rechercher si la loi du 1° août 1905 peut s'appliquer en l'espèce, alors que la loi du 6 mai 1919 relative aux appellations d'origine ne protège (à l'époque) que les produits français (44).

Les deux premières conditions du délit de tromperie annoncent la troisième et soulignent sa primauté : l'intention coupable, c'est-à-dire, ici, la déloyauté. Quel est son contenu, tel que l'a fixé la jurisprudence, notamment à l'encontre du professionnel de la vente (§ 1)? A qui imputer la déloyauté ? (§ 2).

§ 1 : Le contenu de l'élément intentionnel du délit de tromperie :

341 Le délit n'existe que lorsqu'il est démontré que le contractant connaissait l'état réel du produit mis en vente. Cet élé-

---

(41) - Lyon, 30 janvier 1935, G.P. 1935,1,656.
(42) - T. corr. Seine 6 janvier 1964, G.P. 64,1,447.
(43) - Application à de la fourniture d'électricité : Crim. 2 novembre 1945, D. 46, p. 8.
(44) - Crim. 4 mars 1932, D.H. 32,205.

ment doit être relevé, même tacitement, par la décision judiciaire (45), sans qu'une particulière intention de nuire soit cependant exigée (46). L'intention coupable caractérise la tromperie, elle en est l'élément essentiel (47) et doit exister au moment de la vente ou de la mise en vente du produit. "Le terme employé, dit M. Vivez (48), "tromperie", est par lui-même significatif. On ne trompe une tierce personne que si on l'induit en erreur, si on agit par fraude ou dol". Deux circonstances peuvent écarter la sanction ou l'intention coupable :

- L'erreur est exclusive de la responsabilité pénale mais il ne s'agit que de l'erreur de fait, à l'exclusion de l'erreur de droit (49). L'erreur de fait ne peut permettre la constitution du délit qui nécessite une faute intentionnelle.

- Le consentement de la victime est-il un fait justificatif de la tromperie ? M. Vivez répond par l'affirmative et, avec lui, la doctrine dominante : en ce cas, il n'y a pas tromperie puisqu'il n'y a pas erreur de jugement (50). Il faut, évidemment, que la connaissance de l'état réel du produit soit certaine ; c'est le cas lorsque le vendeur avertit l'acheteur de la différence entre l'état réel et l'état annoncé de la marchandise (51). La vileté relative du prix ne doit pas, à cet égard, faire présumer la connaissance du contractant : le prix du marché ne reflète pas la qualité, qu'il s'agisse d'un prix bas ou élevé. La loyauté est indispensable quelqu'en soit le niveau (52).

342 L'exigence de l'intention coupable est constamment réaffirmée mais certaines circonstances en modifient la portée. La considération de la qualité professionnelle du contractant est à l'origine

---

(45) - Crim. 8 mars 1929 Bull. crim., n° 82, P. 173, Crim. 1° décembre 1964, J.C.P. 65 IV, éd. G,2 ; Bull. crim., n° 317, p. 666.
(46) - T. corr. Toulouse 7 novembre 1955, J.C.P. 56 IV, éd. G, 35.
(47) - Travaux préparatoires S. 1851, note 3.
(48) - Vivez, op. cit., n° 84.
(49) - Ex : Crim. 15 juin 1912, Bull. crim., n° 320 (erreur de droit) ; Crim. 16 février 1956, G.P. 56,1,Som. 14 et J.C.I. n° 89 (erreur de fait).
(50) - Crim. 27 mars 1914, Bull. crim. n° 172.
(51) - Crim. 27 mars 1914,préc.
(52) - Delmas Marty (manuel préc.) qui s'oppose à l'effet libératoire du consentement.

d'une oeuvre prétorienne de portée énorme, tant du point de vue pratique que théorique. De l'idée fréquemment répandue en justice, le magistrat déduit une obligation : le professionnel du commerce, par sa compétence réelle ou supposée, par sa qualité professionnelle, est amené à plus de circonspection qu'un contractant dit normal. Suivant la profession du contractant, les circonstances de l'espèce et la nature du produit, le défaut de vérification de la marchandise peut constituer une preuve de la mauvaise foi du prévenu.

Au plan des principes, la Cour de Cassation prétend toujours "qu'aucune présomption de connaissance de la fraude ou de la falsification n'est établie par une disposition de la loi (53). L'imprudence, ajoute-t-elle,ne démontre l'intention coupable "qu'autant qu'il est constaté par les juges du fait que le prévenu connaissait la composition de la marchandise ou sa falsification" (54). En fait, la jurisprudence, constante dès l'origine, établit une telle présomption sans l'affirmer expressément, ce qu'évidemment, elle ne saurait faire puisque la loi le lui interdit. Pour l'application de la loi du 27 mars 1851 relative aux tromperies et falsification de certains produits, la Cour Suprême décidait, déjà, "qu'eu égard aux conditions de prix et de dénomination dans lesquelles il avait lui-même acheté le produit, le prévenu ne pouvait se faire illusion sur sa nature réelle et sur le délit qu'il commettait" (55). Fort naturellement, la Cour a prolongé cette jurisprudence immédiatement dès la mise en application de la loi du 1° août 1905. "Eu égard à la nature de la marchandise vendue, relève-t-elle en 1913, la Cour d'Appel avait pu légalement trouver la preuve de la mauvaise foi du prévenu dans la circonstance que celui-ci n'aurait pas vérifié cette marchandise avant l'expédition" (56).

Le principe a été admis sans discontinuité. La référence à la nature du produit, compte tenu des circonstances de l'espèce, c'est-à-dire en l'occurrence la qualité de professionnel du prévenu, autorise le

---

(53) - Crim. 12 janvier 1912, G.P. 1912,2, p. 310.
(54) - Crim. 11 mars 1911, Bull. crim. n° 147 ; Alger 29 janvier 1949, D. 49, Som. 37.
(55) - Crim. 5 janvier 1895, Bull. crim. n° 204.
(56) - Crim. 19 avril 1913, Bull. crim. n° 204.

magistrat à déduire l'intention coupable d'une simple négligence. S'agissant, par exemple, de vin impropre à la consommation, le vendeur se rend coupable de tromperie car une simple analyse aurait démontré le vice (57). De même, un négociant qui reçoit ce liquide en grande quantité ne peut pas ne pas en déguster quelques échantillons pour constater le défaut de qualité (58). L'absence de recours aux examens nécessaires pour que le poids de conserve soit, même approximativement, égal au poids réel caractérise l'intention frauduleuse du fabricant (59). Un arrêt du 3 mars 1922 (60) résume clairement la solution en déclarant que "les juges du fond peuvent, en fait, pour apprécier la mauvaise foi d'un commerçant inculpé de tromperie, tenir compte de ce qu'il a négligé de procéder à toutes vérifications utiles avant de livrer au public les produits qui font l'objet de son commerce". Il est hors de question que la jurisprudence revienne actuellement sur cette tendance. Récemment (61), la Cour de Cassation a cassé, pour contradiction de motifs, un arrêt de la Cour de Lyon ayant déclaré que "s'il est établi, en l'espèce,que Charveta a manqué à ses obligations d'exercer ou de faire exercer les contrôles nécessaires, il ne résulte d'aucun des éléments du dossier qu'il ait agi avec intention frauduleuse, le défaut de surveillance et de vérification ne pouvant, à lui seul, caractériser l'élément intentionnel, nécessaire pour caractériser le délit de fraude". En effet, la Cour ne peut constater un défaut de surveillance (absence de contrôle de fraîcheur de lait en poudre) tout en affirmant que l'intention n'est pas prouvée. Il doit être noté qu'une jurisprudence identique s'est développée à l'occasion de l'application de la loi du 4 février 1888 sur la vente d'engrais, dans des circonstances similaires (62).

L'obligation de vérification paraît parfois plus évidente. Il en est ainsi lorsque la loi impose au fabricant d'attester des qua-

---

(57) - Crim. 6 juillet 1960, J.C.P. 1960 II 11849, note Vivez.
(58) - Crim. 6 juin 1952, Rev. Alsace-Lorraine, 1952,12.
(59) - Crim. 12 février 1962, D. 62, Som. 162.
(60) - Crim. 3 mars 1922, Bull. crim. n° 204.
(61) - Crim. 12 février 1975, G.P. 75,2,343 ; cf : Crim. 3 avril 1974, D. 74, Som. 91.
(62) - Crim. 12 février 1975, D. 75 IR. 59.

lités du produit. Les fabricants d'objets d'or et d'argent doivent attester la qualité de leur marchandise par un poinçon : la mauvaise foi peut être plus évidente lorsque le professionnel a apposé la marque sans avoir vérifié les pièces qui, en réalité, ont un titre inférieur (63).

343 Il est certain que le délit de fraude ne se réalise pas par imprudence ou négligence. La loi, ensuite, ne crée aucune présomption de culpabilité à l'encontre du professionnel. Malgré cela, une présomption de fraude est reconnue contre lui, quoiqu'en dise la jurisprudence. Si cette tendance autorise, en faveur de la victime, une répression accrue, elle pose des problèmes juridiques. La jurisprudence établit cette présomption sur la base d'une obligation de vérification et de contrôle.

Quand cette obligation existe-t-elle ? Dès lors qu'existe une réglementation impérative du produit, le commerçant est tenu de la garantir : est de mauvaise foi le prévenu qui n'a pas vérifié la marchandise vendue avec la mention "conforme aux prescriptions du décret du 6 avril 1939" alors que le taux de germe de cacao contenu dans le chocolat est supérieur aux taux autorisé (64). Lorsque le fabricant s'est, par ailleurs, engagé à fournir une qualité précise, il a l'obligation d'en contrôler la réalité. La jurisprudence est variée : à titre d'exemple, est de mauvaise foi, pour défaut de vérification, le vendeur ayant mis en vente un produit dont le poids ne correspond pas à celui annoncé sur l'étiquette (65). Enfin, les usages commerciaux déterminent parfois l'obligation du professionnel : ainsi, le mépris volontaire des usages loyaux et constants du commerce peut-il constituer la mauvaise foi. Il a été jugé que le défaut de vérification du dosage exact

---

(63) - Crim. 23 avril 1926, S. 27,1,277 ; Crim. 18 janvier 1966, J.C.P. 66 II 14663.
(64) - Crim. 2 mai 1946, S. 47,1,96 note ; cf : Crim. 18 Janvier 1966, préc.
(65) - Crim. 13 février 1962, G.P. 62,2, 349 ; Bull. crim. n° 89, p.186.

d'un produit aussi cher et apprécié que la truffe doit être assimilé à la non observation volontaire des usages en fixant l'emploi (66).

344 La doctrine condamne généralement cette présomption. Sa création résulte certainement de l'idée de risque et la référence à "la nature de la marchandise"est significative. Le développement du consumerism en France ne saurait y mettre fin : les moyens des fraudeurs sont de plus en plus subtils et le danger pour l'usager, notamment en ce qui concerne les produits alimentaires, doit être écarté. M. Fourgoux, à la défense des professionnels, des "mal condamnés",(67) souligne les inconvénients des acrobaties auxquelles doit se livrer le juge pour maintenir ce "devoir de vérification". La présomption heurte la simplicité de la lettre de la loi qui exige l'intention. Celle-ci peut être déduite par la preuve d'un système de vérification défaillant. Finalement, le véritable fraudeur et le fraudeur présumé sont confondus dans la même réprobation sociale par la gravité de la sanction pénale. L'auteur suggère la création d'un nouveau délit réprimant la fraude par imprudence puisque, objectivement, l'intérêt du public exige la sanction, tout en réservant au fraudeur de mauvaise foi, les peines de la loi du 1° août 1905. Ce nouvel article 4 bis serait ainsi conçu : "Seront punis d'une peine de ... 1° Ceux qui par imprudence ou par négligence auront mis en vente ou vendu des produits qui se révéleront non conformes à la réglementation, aux usages ou à la garantie accordée par le vendeur..."

345 En l'état actuel de la jurisprudence, le devoir de vérification est certainement une obligation positive. La tromperie, pour reprendre la classification de M. Blondet (68), est une infraction de prévention, la finalité législative étant non pas la sanction mais, surtout, l'arrêt de l'activité dangereuse. "L'acte interdit, précise

---

(66) - Bordeaux 16 mars 1964, J.C.P. 64 IV 104 ; Rapper : Crim. 3 nov. 1955, J.C.P. 55 IV, éd. G. 104 ; Sur le pouvoir souverain du juge du fond : Crim. 5 octobre 1967, Bull. Crim., n° 242, p.564.

(67) - J.C. Fourgoux, Les mal condamnés - Pour une réforme de la loi du 1° août 1905 sur la répression des fraudes, D. 65, chron. 233 ; Contra : Nguyen-Thanh, op. cit., n° 231.

(68) - Blondet, Les infractions de prévention, J.C.P. 73,2,Doct. 764.

l'auteur, est irréfragablement présumé dangereux par le législateur "ajoutant" s'il est permis de tenir compte du caractère volontaire de l'acte, en revanche, il est techniquement impossible de s'attacher à la notion d'intention. En effet, l'intention ou dol spécial s'analyse en la recherche d'un résultat précis. Or, nous l'avons vu, l'aspect résultat est étranger aux incriminations que nous étudions. Par là-même, la notion d'intention se trouve être incompatible avec celle d'infractions de prévention". L'objectif admis comme étant juste, la défense pécuniaire contre la déloyauté ou, plus encore, la défense de la santé, le juge sacrifie le professionnel. Le recours au droit pénal n'en est pas moins regrettable car il s'effectue sans distinction criminologique entre l'imprudent et le fraudeur. Cette présomption est-elle alors inéluctable ? En d'autres termes, quels sont les moyens de défense du professionnel ?

346 Dans son principe, la présomption de fait, établie par la jurisprudence, n'est pas une présomption de culpabilité : il appartient, en toutes circonstances, au Ministère Public de démontrer, sinon l'intention frauduleuse, du moins le non respect effectif d'une obligation de surveillance par le prévenu. Doit ainsi être cassé l'arrêt condamnant un importateur pour tromperie sur la quantité de la marchandise vendue en se contentant d'énoncer que sa carence à vérifier le produit constitue une faute valant présomption de fraude, alors qu'il est simplement constaté que les biscuits fabriqués en Belgique ont un poids inférieur de 7,3 % ou 8,4 % au poids indiqué (69). Il est vrai que la constatation par le juge du fond du non respect de l'obligation de vérification reste très libre, voire arbitraire : il suffit ainsi de constater la qualité de "Directeur responsable"de l'intéressé pour imposer une telle obligation au commerçant (70).

Le fondement de la sévérité envers le professionnel est la sanction d'une obligation objective de vérification et de contrôle, par référence à un professionnel normalement diligent et prudent. Si cette normalité est respectée, l'acte matériel de fraude n'est pas reconnu

---

(69) - Crim. 8 décembre 1965, J.C.P. 66 II 14493, note Vivez.
(70) - Crim. 27 mars 1963, J.C.P. 63 IV 463 - Bull. crim. n° 133.

comme étant intentionnel. Mme Nguyen Thanh cite le cas d'un conserva teur de thon naturel dont la production contient, à la vente, un produit toxique. Le Tribunal Correctionnel de Quimper (71) le relaxe en reconnaissant sa bonne foi car, eu égard aux moyens nécessaires pour éviter la présence du produit, "le fabricant est pratiquement désarmé". Il lui faudrait des moyens matériels trop techniques et trop onéreux que les autres conservateurs n'ont pas eux-mêmes. Ce laxisme paraît, cependant, isolé et il est permis de s'interroger sur l'avenir d'une telle décison devant la Cour Suprême.

347 Le professionnel peut-il prendre certaines mesures propres à éviter les poursuites ? L'insertion d'une clause de non garantie est inefficace puisque le commerçant est considéré de mauvaise foi (72); il est présumé avoir tenté de dissimuler frauduleusement le vice de la chose vendue. La solution la plus radicale consiste, ce qui paraît en harmonie avec les objectifs jurisprudentiels, à éviter l'apparition du vice du produit. La vérification, si elle a lieu, doit être complète : l'intention frauduleuse a, par exemple, été admise à l'encontre d'un importateur de tourteaux qui, sur des marchandises d'apparence suspectes, avait reconnu n'avoir fait vérifier qu'un dixième des sacs (73). N'a pas été admis par la Cour de Cassation le fait que des paquets de lait en poudre portant, de manière apparente, la mention de la date limite de garantie de conservation puisse exonérer de l'intention de tromper l'acheteur, sur la qualité substantielle que constitue la fraîcheur du produit, alors que le juge du fond avait admis cette circonstance (74).

Le juge a parfois l'occasion d'indiquer le contenu du devoir de vérification qui rejoint le devoir de prévention de tout professionnel "Dans l'éventualité d'une perte de poids par dessiccation, dit la Cour de Cassation (75), l'inculpé, devant garantir 500 grammes à l'acheteur, aurait dû prévoir une augmentation de poids telle qu'au mo-

(71) - 20 janvier 1965 inédit in Nguyen-Thanh, op. cit., p. 85 ; Rappr : Paris 8 mars 1968, G.P. 68, 2.86 - I.I.P. 68 II 15479.
(72) - Crim. 26 août 1884, Bull. crim., n° 153.
(73) - Crim. 8 mai 1968, Bull crim., n° 144.
(74) - Crim. 12 février 1975, préc.
(75) - Crim. 5 janvier 1966, préc.

ment de la vente, les sacs aient toujours le poids net nominal, afin que l'acheteur reçoive une quantité de marchandises équivalente à celle d'une vente donnant lieu à pesée devant lui". Le contenu objectif de l'obligation est certain, les efforts du professionnel ne sont admis, en faveur de sa bonne foi, que s'ils portent effet. Lorsque le vice est matériellement constaté, les recours du professionnel sont faibles. Le dernier moyen d'échapper à la sanction pénale consiste à rejeter la faute...sur un autre responsable. Comment déterminer, à ce moment, l'imputabilité de l'élément intentionnel ?

§ 2 : L'imputabilité de l'élément intentionnel de la tromperie:

Le principe de la personnalité des peines est généralement respecté : la solution est certaine d'un point de vue vertical, en ce qui concerne les divers degrés de la commercialisation, elle l'est moins dans le cadre de l'entreprise.

1) L'appréciation de l'imputabilité de l'élément intentionnel aux divers stades de fabrication et de distribution :

1°. Le fabricant est, au premier chef, concerné. Tout comme en matière de vices cachés, il est censé connaître ce qu'il crée ou, tout au moins, en vérifier le qualité avant de l'écouler. La création ou la manipulation du produit correspond à l'engagement du fabricant, ou du producteur, de garantir une certaine qualité. Il est alors véritablement question d'une présomption de culpabilité. Le juge l'applique ainsi à un fabricant de pain dont le poids est inférieur à celui annoncé (76), à un fabricant de fromages qui indique un taux de matière grasse supérieur aux taux réel, à un fabricant de pâté truffé (77)... Le Tribunal

(76) - Crim. 14 avril 1934, Bull. crim, n° 76.
(77) - T. corr. Saint Marcellin 9 juin 1955, D. 55, 758 (fromages) ; T. corr. Forcalquier 20 février 1959, D. 59, Som. 95 ; Rappr : T. corr. Paris 26 septembre 1974, G.P. 75,1,95 ; Paris 30 octobre 1974, G.P. 75,1,62 et J.C.L. pén., fasc. préc., n° 97.

Correctionnel de Vouziers va exagérément jusqu'à affirmer que (78) "celui qui met en vente un produit qu'il fabrique ou qu'il manipule est présumé de mauvaise foi et (que) le Ministère Public n'a pas à établir l'intention frauduleuse". En réalité, même présumée, l'intention doit être démontrée à partir de faits précis, ces faits étant la production, la fabrication ou la manipulation du bien. Sont assimilés au fabricant, le récoltant et le producteur"(79).

2° Les intermédiaires, par définition, ne font que transmettre un bien qu'ils ne créent pas ou qu'ils n'ont pas les moyens de vérifier ; en principe, ils échappent donc à la sanction pénale (80). Des dérogations limitent cette solution :

- L'importateur constitue un cas particulier : il n'est pas soumis à une présomption de fraude mais est tenu à l'obligation de contrôle (81). Il a le devoir de s'assurer de la conformité de la marchandise à la législation française (82), même s'il se borne à revendre le produit. L'obligation est plus impérieuse s'il s'agit de denrées destinées à l'alimentation (83).

- L'intermédiaire ayant manipulé, transformé le produit,est censé le connaître et se voit également imposer l'obligation de contrôle (84) ; a fortiori, en est-il ainsi si une "faute personnelle" (85) peut être relevée contre lui, dans l'exercice du contrôle.

3° Le détaillant, enfin, échappe, en principe, à la présomption car, moins que quiconque, il ne peut contrôler le produit (86). Les déroga

---

(78) - 23 juillet 1947, S. 48,2,p. 117, note Huguenay - Rev. Sc. Crim. 1948, p. 748, n° 5, obs. Bouzat.
(79) - Crim. 3 mars 1922 (producteur de Jall), préc.
(80) - Bourges 28 avril 1966, J.C.P. 66 II 14795, note H. Delpech D. 67, Som. 7.
(81) - Crim. 5 janvier 1966, préc.
(82) - Crim. 11 juillet 1963, Bull. crim. 63, n° 256 et J.C.L. Com. n° 98 ; Paris 8 mars 1968, J.C.P. 68 II, 61, G. 15479, note D.S.
(83) - Crim. 22 décembre 1965, J.C.P. 66, 14528.
(84) - Crim. 15 février 1956, Bull. crim., n° 161, p. 293.
(85) - Bourges 5 juin 1975, J.C.P. 76 II 18218, note Henry Delpech.
(86) - Bourges 28 avril 1966, préc.

tions à ce principe résultent de l'intervention du commerçant dans la genèse du bien ou dans sa faute éventuelle :

- Tout comme l'intermédiaire, le vendeur qui modifie le produit encourt les éventuelles sanctions de la loi de 1905. Or, une décision récente de la Cour de Bourges (87) donne à "l'intention" du vendeur un sens très large, sévère pour le détaillant.

- Le vendeur-fabricant est assimilé au fabricant lui-même, solution très logique. Il en est ainsi lorsque ce commerçant ne procède pas aux examens nécessaires pour faire coïncider le poids réel de conserves qu'il fabrique et vend avec le poids annoncé (88).

- La faute du vendeur joue parfois un rôle : est de mauvaise foi, pour défaut de vérification, le vendeur qui met en vente un produit en l'annonçant conforme à la réglementation alors qu'il ne l'est pas (89). Plus généralement, il est tenu de respecter tout engagement pris envers le public.

Le juge, à tous les niveaux de la fabrication et de la distribution, cherche le véritable responsable de l'inexécution de l'obligation de vérification. Il devrait logiquement en être de même au sein de l'entreprise.

2) L'appréciation de l'imputabilité de l'élément intentionnel dans le cadre interne de l'entreprise :

350 Qui, dans une grande ou moyenne entreprise, doit assumer personnellement les risques de l'obligation de contrôle ? La séparation des fonctions complique l'examen car souvent cette tâche est matériellement déléguée par l'entrepreneur à ses subordonnés. Si le chef d'entreprise a la responsabilité directe du contrôle (90) ou s'il a participé à l'échange de marchandises ou, enfin, si, compte tenu de l'importance

(87) - 5 juin 1975, préc.
(88) - Crim. 13 février 1962, G.P. 62,2,349 - Bull. crim. n° 89.
(89) - Crim. 2 mai 1946, préc.
(90) - Crim. 27 mars 1963, J.C.P. 63 IV 63 - Bull. crim. n° 133.

du marché ou de son caractère exceptionnel, il ne peut en ignorer l'existence (91), il est responsable de l'inexécution de l'obligation de vérification. A fortiori, lorsque l'entrepreneur commet une faute nuisant au bon exercice du devoir de contrôle, il est doublement sanctionné. Ainsi, le Directeur d'une laiterie dont le lait n'est pas normalisé ne saurait-il s'abriter derrière les seules instructions, données à son personnel, pour éluder sa responsabilité, dès lors qu'il ne lui fournit pas de moyens de contrôle suffisants (92)

Généralement, le juge recherche le responsable effectif du contrôle dans l'entreprise, relevant la faute du "responsable de la fabrication" ou du "responsable dans l'entreprise" (94) mais admet aisément une responsabilité du fait d'autrui à la charge de l'entrepreneur. La Cour Suprême a, récemment, pu déclarer (95) "qu'il y a lieu de retenir également la responsabilité pénale du Directeur Barrier qui avait accès aux cuisines et était donc à même de se rendre compte que les mentions du menu ne correspondaient pas à la qualité fort banale de gallinacés achetés, qu'une autre conception correspondrait à enlever tout sens au terme Directeur". Si l'entrepreneur ignore la fraude, il a souvent le devoir de la connaître et la jurisprudence n'admet d'exception que pour la "délégation d'autorité", elle-même concevable, uniquement, dans les grandes entreprises.

351 L'objectif affirmé de la loi du 1° août 1905 étant la protection du contractant,dans ses intérêts pécuniaires, contre la déloyauté, la jurisprudence ne s'est pas fait faute d'utiliser les

(91) - Ex : P.D.G. ne pouvant ignorer des livraisons de tourteaux se faisant par bateaux entiers : Paris 9 février 1965, J.C.P. 1966 II 14493, note Vivez ; ex : restaurateur disposant de la comptabilité et ne pouvant ignorer que seul du poulet ordinaire était servi dans le restaurant alors qu'on y affichait de la "poularde georgienne" à 38 F. la portion, Paris 12 juin 1974, préc.

(92) - Angers 15 janvier 1959, G.P. 59,1,248 et Crim. 20 novembre 1962, J.C.P. 62,4,171 - Bull. crim., n° 331.

(93) - Crim. 21 novembre 1963, Bull. crim, n° 330.

(94) - Crim. 12 novembre 1963, préc.

(95) - Paris 12 juin 1974, préc.

possibilités offertes. Les termes légaux de l'élément matériel ont été peu malmenés, étant donné leur large conception originelle, mais leur interprétation s'est fréquemment faite dans le sens de la protection du consentement. Le souci d'efficacité de la sanction, à l'occasion de la fixation de l'élément moral de la fraude, s'est traduit par la création prétorienne d'une obligation positive de vérification dont on chercherait en vain l'existence légale. Son apparition ne saurait étonner : elle complète le puzzle formant une sorte de statut du professionnel, dont le contenu lui est largement défavorable. L'obligation de contrôle, s'analysant en une obligation de résultat, s'insère, au même titre que l'obligation de sécurité, notamment s'il y a danger pour la santé du public, dans la garantie due par le plus fort au plus faible.

Le sens donné à l'élément intentionnel de l'infraction conduit, tout d'abord, le juge à limiter son examen à l'élément matériel du délit, élément que le juge, incité par la loi, considère essentiellement par rapport au vice du consentement, à l'erreur provoquée auprès du contractant. La déformation de l'intention démontre, ensuite, le souci judiciaire de limiter, dans le sens de la protection de la victime les interférences délictuelles au profit d'une analyse plus exacte de la volonté.

Il n'est qu'à regretter que le délit de falsification ne soit pas entendu dans le même sens. Notamment, il est peu compréhensible qu'il ne soit pas applicable à tout produit. La loi du 1° août 1905 organise son contrôle général non lors de la fabrication mais de la vente. Son succès dépend, en fait, de l'existence d'incriminations complémentaires qui en garantissent l'effectivité.

CHAPITRE II - LES GARANTIES D'EFFICACITE DU SYSTEME LEGAL DE SURVEILLANCE DE LA QUALITE.

352 La loi du 1° août 1905 a d'importantes qualités intrinsèques : généralité, souplesse, réalisme. Elle est venue, judicieusement, pallier la faiblesse d'un système protecteur de droit commun mais son mérite, s'il est certain, n'existe que grâce à certaines garanties complémentaires qui en sous-tendent l'application. L'information, lato sensu, du contractant reste la base de toute idée de protection du consentement ; cette étude en souligne, peu à peu, l'impérieuse nécessité : elle résulte de l'idée équitable qu'il est du devoir de chacun de protéger ses intérêts et, d'un point de vue moral, accorde une plus grande considération à l'individu, contractant pleinement responsable. Cette information a des limites liées à la nature de l'homme comme à ses possibilités techniques. Aussi, le législateur ne peut-il demeurer passif, la législation des fraudes le démontre. Deux textes de base assurent la surveillance spécifique de la qualité : l'article 1°, relatif à la tromperie, et l'article 3, relatif à la falsification. Le rôle de ce dernier texte est à rappeler : si cette incrimination doit être exclue de la protection directe du consentement, elle concourt, malgré tout, à en garantir le sérieux, dans une mesure, cependant, limitée. Son objectivité écarte pratiquement toute recherche subjective mais elle soutient, en en réprimant les faits préparatoires, le délit de tromperie.

L'exemple de la falsification est significatif puisqu'il constitue, parmi d'autres, une des garanties "légales" de la loi du 1° août 1905. Du point de vue de la protection du consentement, des textes complémentaires jouent un rôle similaire et les mêmes remarques peuvent être faites pour les situer par rapport à un système plus général (section 1). La pratique démontre, par ailleurs, l'existence de garanties parajuridiques tenant à l'attitude de la jurisprudence et de l'Administration face à la répression des fraudes qui, si elles

nuancent parfois l'optimisme que fait apparaître l'état de la législation, en affirmant le plus souvent le bien-fondé.

SECTION 1 Les garanties légales d'efficacité de la surveillance de la qualité : l'existence de textes complémentaires.

353 Le législateur atteint une série d'agissements trompeurs en sanctionnant deux catégories d'actes. Il s'agit, tout d'abord, de condamner le non respect par un contractant d'une obligation, d'un engagement précontractuel relatif à une qualité précise. L'intervention légale est exacte et justifiée puisque le simple constat de l'inexécution suffit à la légitimer. D'autre part, il s'agit d'atteindre la déloyauté elle même, par la sanction spécifique des actes qui préparent ou qui prolongent la tromperie. Le but protecteur s'efface devant les impératifs de la répression mais l'étendue du domaine de la condamnation détermine l'efficacité de cette garantie à l'égard de la victime des agissements trompeurs.

L'article 8 de la loi du 1° août 1905 oblige le juge saisi à utiliser, en cas de concours d'incriminations, le texte le plus adéquat face aux agissements concernés. Sa tâche n'est pas aisée dans la mesure où les chevauchements entre textes sont fréquents.

§ 1 : La sanction du non respect d'une obligation précontractuelle :

354 Le contractant, essentiellement le vendeur, s'engage à délivrer une marchandise aux qualités précisées et déterminées et ne respecte pas sa promesse. Les sanctions de la loi de 1905, ou celles prévues par un texte spécial, sont-elles encourues ? En d'autres termes, quels textes favorisent ou prolongent les sanctions de l'article 1° ? La pratique connaît des techniques de garantie a priori de la qualité : elles ne doivent pas être détournées de leur but.

A - La marque :

55 La marque individuelle et l'indication de provenance, dans la pratique actuelle, sont essentiellement des armes de concurrence au profit de leurs propriétaires; techniques concurrentielles, elles n'interviennent que peu dans le contrôle de la qualité (1). Du point de vue de la surveillance a posteriori, elles peuvent, cependant, combler certaines lacunes des mécanismes destinés à assurer la loyauté commerciale.

La loyauté de la marque est, notamment, une condition de son existence juridique. A ce titre, sont interdits les signes déceptifs (2), c'est-à-dire ceux susceptibles d'induire l'acheteur en erreur sur la nature, la composition, les qualités substantielles ou la destination des produits sur lesquels ils sont apposés. C'est, par exemple, le cas du vin n'ayant pas droit à une appellation d'origine et que le vendeur désigne "Vieux Cahors" (3).

56 Mais, toute différente est, à cet égard, la marque collective, catégorie générale qui englobe le label ou le certificat de qualité. La loi du 31 décembre 1964 exige un règlement d'usage de la marque collective qui définit les qualités du produit, qualités que le groupement s'engage à faire respecter. L'article 21 de la même loi prévoit la nullité du dépôt de la marque ou la déchéance des droits du déposant lorsque le groupement "a employé ou sciemment laissé employer sa marque dans des conditions autres que celles prescrites au règlement". M. Chavanne constate l'identité de cette fraude avec l'utilisation, sur le plan individuel, de la marque déceptive (4). Tout intéressé peut requérir en justice cette nullité, solution qui démontre la même

---

(1) - Supra n° 122.
(2) - Ainsi que les marques dans lesquelles entre le mot artisan, ou ses dérivés, pour désigner des produits non fabriqués par des artisans ou des maîtres artisans. La loi prévoit,dans son article 28, une amende de 500 à 10 000 F. et un emprisonnement d'un mois à un an ou une de ces deux peines seulement.
(3) - Crim. 29 novembre 1972, J.C.P. 73,2,17360, note R. de Lestang.
(4) - A. Chavanne, La loi du 31 décembre 1964 sur les marques de fabrique, de commerce ou de service, D. 65, Doct. p. 85.

finalité que la législation des fraudes : la protection du public. Au plan pénal, la déloyauté est condamnée : le groupement peut poursuivre les membres qui tromperaient les acheteurs par l'usage abusif de la marque. De manière générale, l'article 423-4 du code pénal punit l'usage de la marque collective dans des conditions différentes de celles prévues au règlement et poursuit la vente ou la mise en vente d'un ou plusieurs produits revêtus d'une marque collective irrégulièrement employée. La qualité n'est pas garantie par les pouvoirs publics, elle est promise contractuellement, mais les pouvoirs publics veillent à éviter toute tromperie.

B - Le label :

357 Le label, quant à lui, bénéficie de quelques mesures particulières se surajoutant au régime plus général des marques collectives. Un contrôle disciplinaire existe systématiquement dans les statuts des organismes certificateurs visant à punir tout abus sur le label de la part d'un usager dudit label.

Plus révélateurs sont, cependant, les textes des lois du 5 août 1960 (article 8) et du 2 juillet 1963 (article 8) qui, tous deux, renvoient aux sanctions de l'article 1° de la loi de 1905. L'utilisation frauduleuse d'un certificat de qualité ou d'un label ou simplement de ces mots est assimilée purement et simplement à une fraude. Il n'y a pas, semble-t-il, création d'un délit distinct car le régime de ces incriminations est, purement et simplement, assimilé au délit plus vaste de tromperie. La solution est logique dans la mesure où l'énumération des éléments du délit de tromperie permet aisément d'y faire entrer l'utilisation abusive du label.

C - L'appellation d'origine :

358 L'évolution législative diffère en ce qui concerne l'importante catégorie des appellations d'origine. Si la valeur qualitative du label dépand essentiellement de la volonté du groupement qui la crée, celle de l'appellation d'origine n'est pas laissée à l'initiative des

seuls professionnels. "Les fraudes en matière d'appellations d'origine, dit avec bon sens Mme Nguyen-Thanh (5), sont fréquentes à raison des bénéfices importants qu'elles rapportent par la vente de produits de qualité secondaire, d'un prix de revient faible, aux lieu et place d'un produit de qualité ayant une origine renommée". La haute valeur de la garantie légale justifie l'existence d'un contrôle et de sanctions adéquates. Celles-ci sont doubles. La législation des fraudes, par sa généralité, peut trouver application : il y a le plus souvent tromperie sur l'origine (6). L'utilisation de ces incriminations a l'avantage de donner à l'élément intentionnel du délit de fraude sur l'appellation, le contenu que l'on sait être particulièrement propice à des poursuites. Les lois du 6 mai 1919 et du 6 juillet 1966 ont édicté une législation répressive spéciale aux appellations d'origine. Cela revient-il à rompre tout lien avec la législation des fraudes ?

Certainement pas ! Une jurisprudence constante décide que si les éléments du délit de tromperie ne sont pas réunis, l'application des délits spéciaux n'est pas mise en cause (7). A contrario, l'existence de ces incriminations ne fait pas obstacle à l'application de la loi du 1° août 1905. La loi du 6 mai 1919 condamne l'apposition frauduleuse d'une appellation d'origine inexacte (article 8, alinéa 1), la vente, mise en vente ou en circulation de produits portant une appellation d'origine inexacte (article 8, alinéa 3). La même interprétation de l'élément intentionnel est donnée par la jurisprudence en matière d'appellations d'origine qu'en matière de tromperie de la loi de 1905 (8), le professionnel s'y voit donc appliquer la même présomption de culpabilité, sanctionnant son obligation de contrôle et de vérification. Il est important de noter que les poursuites sont encourues qu'il y ait ou qu'il n'y ait pas possibilité de tromperie envers le contractant ; peu importe, donc, que celui-ci sache que l'appellation est inexacte (9).

---

(5) - Nguyen-Thanh, op. cit., n° 644.
(6) - Ex : crim. 14 novembre 1956, Bull. crim., n° 739 (huîtres belons).
(7) - Ex : crim. 21 juillet 1953, D. 53, J. 635.
(8) - Crim. 15 décembre 1955, D. 56, J. 175, note Liotard ; Bourges 5 juin 1975, préc.
(9) - Crim. 4 juin 1958, Bull. crim., n° 434.

La loi du 6 juillet 1966 renforce la surveillance de la régularité de l'utilisation des appellations d'origine. En effet, la loi prévoit l'interdiction, dans ses articles 7-2 et 2-1, de "toute indication pouvant provoquer une confusion sur l'origine des produits" alors même que cette indication serait exacte. Un fromage ordinaire fabriqué dans la région de Roquefort mais n'ayant pas les qualités requises des véritables fromages de la région ne peut, par exemple, s'intituler "fromage de Roquefort". Le décret du 12 octobre 1977 relatif à la présentation des produits s'applique également à cette hypothèse pour combler une éventuelle lacune de la législation des appellations, ce qui paraît improbable, compte tenu des larges termes des lois du 6 mai 1919 et du 6 juillet 1966.

Marques, labels, et appellations d'origine contiennent par définition une part de contrainte : leur usager l'accepte au départ puis y est constamment tenu. Ce trait réapparaît à l'occasion de la définition de la normalisation.

C - La normalisation :

359 Pour éviter une anarchie de la production, et, également, protéger, dans l'intérêt du public, la qualité, la normalisation, purement volontaire , crée une "définition technique des produits propre à satisfaire des besoins déterminés en éliminant les complications et les variétés superflues afin de permettre une production et une utilisation rationnelle sur la base des techniques existant à un moment donné" (10).

La norme présente diverses modalités, elle peut ainsi être une norme de qualité. L'homologation de la norme ne la rend pas obligatoire (11) mais sa mention dans un contrat ouvre droit, pour l'acqué

(10) - Michel Véron, L'article 1°, § 1 de la loi du 1° août 1905 sur la répression des fraudes et la politique de normalisation, D. 65, chron. p. 175.

(11) Sur la procédure d'homologation cf : Nguyen-Thanh, op. cit., n° 150 (sauf à appliquer l'article 13 du décret du 24 mai 1941 permettant aux Pouvoirs Publics de rendre obligatoire l'application d'une norme).

reur, d'exiger exactement la qualité de la référence. La sanction civile du respect de la norme est celle, de droit commun, de l'obligation de conformité, entendue avec une rigueur et un automatisme compréhensibles, compte tenu de la définition exacte des spécificités du produit. Cette sanction n'exclut pas l'application d'un droit disciplinaire correspondant au lien contractuel entre le groupement responsable de la norme et l'usager (12).

360 Au plan pénal, M. Véron a posé la question de l'application de la législation des fraudes à l'usage abusif de la norme (13). La tromperie par utilisation frauduleuse des marques de conformité aux normes, ne peut, dit-il, donner lieu à poursuites pénales, en vertu du principe de légalité des délits et des peines, qu'en ce qui concerne les normes formelles, régulièrement homologuées, à l'exclusion des simples normes matérielles, de facto. Doit donc se voir refuser la protection pénale, l'acquéreur de produits interdits de vente par un simple arrêté (14). Le Tribunal Correctionnel de la Seine, le 26 septembre 1950 (15), a appliqué les sanctions de l'article 1° de la loi du 1° août 1905 à une telle hypothèse. En l'espèce, un vendeur de charbon a été condamné, pour tromperie sur la qualité, pour avoir délivré du charbon ne correspondant pas à la définition de l'anthracite. Le plus fréquemment, l'application des sanctions de l'article R-26-15° du Code pénal, pour simple défaut de conformité, est assez efficace mais, juridiquement, le recours à l'article 1° de la loi du 1° août 1905 ne doit pas être exclu.

361 Une seconde forme de tromperie sur la qualité, dans le cadre de la normalisation, consiste dans l'utilisation frauduleuse des marques de conformité aux normes. Souvent, le texte qui crée une marque, un label, fait référence expresse à la loi du 1° août 1905 et l'application de ses pénalités est indéniable. En réalité, ces hypo-

---

(12) - Ex : article 16 de l'arrêté du 15 avril 1942 pour la marque NF.
(13) - Veron, chron. préc., p. 178.
(14) - C.E. 2 février 1962, J.C.P. 62 II 12934, note Delpech, in Véron p. 177.
(15) - Bull. mensuel Norm. française, oct. 1951, avec commentaires.

thèses concernent directement les marques collectives et non spécifiquement la normalisation. La protection de la norme, elle-même, peut d'abord être assurée, en tant que marque, par les articles 422 et 423 du Code pénal pour lesquels la loi du 31 décembre 1964 reprend les articles 7,8 et 9 de la loi du 23 juin 1857 réprimant l'apposition frauduleuse d'une marque. Ce texte spécial s'applique par préférence à un texte général. En l'occurrence, celui-ci est la loi du 1° août 1905 de portée plus vaste. Or, démontre M. Véron, la jurisprudence n'applique pas ce principe : la Chambre criminelle de la Cour de Cassation décide que l'apposition frauduleuse de marque doit être réprimée non sur la base de textes spéciaux mais par application de la loi du 1° août 1905. Est ainsi condamné pour tromperie le producteur-grainier qui commercialise des haricots sous une dénomination inscrite à un catalogue officiel et appartenant à un autre producteur (16). Certes, si son bien-fondé juridique n'est pas à l'abri de critiques, la solution a, cependant, l'avantage de l'efficacité.

E - Les situations particulières :

362 L'obligation de respecter la qualité promise a parfois une origine plus ponctuelle. La loi du 1° août 1905 permet, en effet, au gouvernement de prendre, après avis du Conseil d'Etat, des règlements d'administration publique sur l'application de la loi. Ces règlements sont nombreux et variés (17). Ils concernent la définition et la dénomination de tous produits, conformément aux usages commerciaux (18). A titre d'exemple, le décret du 14 mai 1969 est relatif aux fraudes dans le commerce du lait et des produits laitiers, celui du 29 novembre 1968 au commerce des pierres précieuses et des perles... Or, les infractions à ces règlements constituent des contraventions, en vertu de l'article 13 de la loi du 1° août 1905. En conséquence, l'intention frauduleuse de leur auteur n'est pas à démontrer, à moins que le fait

(16) - C. Ap. Angers 7 décembre 1961, J.C.P. 62 II 12480, note H. Delpech - Véron, chron. préc. p. 179.
(17) - Cf. J.C.L. com. Ventes commerciales, fasc. XXXIX B, Ventes réglementées.
(18) C.F. 15 décembre 1972, G.P. 73,1,437.

incriminé ne constitue une tromperie ou un autre délit.

Enfin, certains produits se sont vus appliquer une réglementation propre. Les textes sont antérieurs à la loi de 1905, telles les lois des 27 juillet 1867 et 4 février 1888 concernant la provenance, la teneur en principes utiles et en principes fertilisants des engrais agricoles, ou lui sont postérieurs, telle la loi du 26 mars 1942 sur le commerce du coton ou le décret du 24 janvier 1975 relatif à la définition des produits diététiques. Les textes sont fréquents en matière alimentaire et régissent la production et la commercialisation des marchandises. Le législateur sanctionne directement le non respect d'un engagement précontractuel, même si cet engagement n'est pas spontané. Parfois, enfin, il sanctionne uniquement l'acte de déloyauté.

§ 2 : La sanction spécifique de la déloyauté :

363 La sanction légale de la fraude s'attache désormais à la déloyauté en elle-même sans que, nécessairement, apparaisse son influence sur la victime. Moralement condamnable, économiquement préjudiciable, elle est dangereuse et doit être punie. De fait, si les considérations morales paraissent ainsi, à un niveau élevé, pénétrer la vie des affaires, il ne faut pas se leurrer. Le législateur qui condamne la déloyauté des transactions le fait moins dans un souci déontologique qu'en vue soit de parer à la fraude soit d'atteindre des actes prolongeant une tromperie qui aurait pu passer impunie. Des incriminations pénalement sanctionnées tendent à cette fin mais ne sont pas toutes à placer au même niveau. Du point de vue de l'intention du fraudeur, trois stades sont à considérer à mesure que croît cette intention. Le législateur en a fort heureusement tiré les conséquences quant à la nature des infractions.

A - Les actes de simple détention prohibés :

364 La détention de marchandises fraudées ou d'instruments de fraude, actes préparatoires ou prolongeant la tromperie, est punie par la loi du 1° août 1905. Le législateur présume la volonté de tromper

chez le détenteur des objets considérés. Ceux qui, sans motif légitime, sont trouvés détenteurs, dans des lieux déterminés par la loi, soit de poids ou mesures faux ou d'autres appareils inexacts servant au pesage ou au mesurage des marchandises (article 4, alinéa 3), soit de denrées servant à l'alimentation de l'homme ou des animaux, de boissons, de produits agricoles ou naturels que leurs détenteurs savaient être falsifiés, corrompus ou toxiques (article 4, alinéa 4), soit de substances médicamenteuses falsifiées (article 4,alinéa 5), soit de produits propres à effectuer la falsification des denrées servant à l'alimentation de l'homme ou des animaux ou des boissons, produits agricoles ou produits naturels (article 4, alinéa 6) (19), encourent les sanctions pénales.

Trois mesures limitent l'arbitraire que l'énoncé de telles infractions paraît faire craindre :

- La sanction suppose que la détention ait lieu dans un des locaux affectés au commerce : magasins, entrepôts, lieux de fabrication ou, même, les gares, lorsque les produits sont en la possession du commerçant (20). Il est, en effet, indispensable de limiter la présomption aux professionnels du commerce, dans le cadre de leur activité.

- La présomption est automatique mais le détenteur peut invoquer un "motif légitime" de détention comme, par exemple, l'existence d'un recours exercé contre le vendeur (21).

- L'article 4 exige que le détenteur ait su que les denrées étaient falsifiées. Mais la présomption renverse la charge de la preuve et il appartient au détenteur de démontrer son ignorance (22).

Il est à noter que la détention est réprimée en dehors même de toute falsification, dès lors que la fausseté ou la corruption existe naturellement. La fausseté doit être entendue strictement en ce

---

(19) - L'article 4, alinéa 3 réprime également la détention sans motifs légitimes, dans les lieux déterminés par le texte, de poids ou mesures faux ou autres appareils inexacts servant au pesage ou au mesurage des marchandises.

(20) - Crim. 2 avril 1908, Bull. crim., n° 136.

(21) - Douai 19 février 1907, S. 1907,2.133.

(22) - Cf. les remarques de M. Liotard, chron. préc., n° 90.

qui concerne les poids et mesures mais une certaine latitude existe quant au degré de toxicité ou de corruption des denrées. Souvent, un texte impératif détermine les conditions de corruption qui conditionnent la sanction (23) ; dans la négative, le pouvoir souverain du juge du fond trouve à s'exercer.

B - Les actes directs de tromperie :

365 La répression générale de la tromperie est renforcée par divers procédés qui ont en commun de dévoiler une plus grande volonté coupable de leur auteur ; la sanction est généralement renforcée. Il peut, avant tout , s'agir de faire appel à des techniques générales du droit pénal : tel le délit de publicité mensongère au domaine vaste puisque la conclusion d'un contrat n'en conditionne pas l'application ou, encore, celui d'escroquerie ; la jurisprudence n'hésite pas, si les éléments en sont constitués, à appliquer l'article 405 du Code pénal à la fraude (24), mais, la loi du 1° août 1905 présente, par rapport à l'article 405 du code pénal, le grand avantage de ne pas exiger une manoeuvre précise. Dans le domaine plus limité des fraudes, le législateur a institué de nombreux délits propres à sanctionner spécifiquement la déloyauté. Quels sont les principaux, en dehors de la falsification et de la tromperie ?

366 Le décret du 12 octobre 1972 interdit l'emploi, sous n'importe quelle forme, de toute indication, signe, dénomination, étiquetage, publicité, susceptibles de créer une confusion dans l'esprit de l'acheteur, notamment sur la nature, la composition, les qualités substantielles, la teneur en principes utiles, le mode de fabrication, le volume, le poids ou l'origine des marchandises. Sont également interdites les références aux propriétés curatives ou préventives de maladies humaines et les mentions tendant abusivement à distinguer une marchandise des produits similaires (25). Le texte est

(23) - Ex : décret du 29 mars 1949 (J.O. du 30) concernant les glaces.
(24) - J.C.L. pén., article 405, n° 14 et 20.
(25) - Nguyen-Thanh, L'obligation d'informer le consommateur ; chron. préc.

intéressant, notamment parce qu'il a contribué à la création d'une obligation de renseignement ; on peut cependant regretter son domaine limité. Par sa rédaction, il est intermédiaire entre la publicité mensongère et les fraudes mais, à nouveau, un délit spécial de la loi du 1° août 1905 trouve, souvent, à s'appliquer à la place du décret du 12 octobre 1972.

367 La déloyauté peut s'extérioriser sous une forme plus brutale, plus agressive à l'égard du public. C'est afin d'en éviter une manifestation que l'article 3-4° de la loi du 1° août 1905 réprime, au même titre que la mise en vente de produits destinés à effectuer la falsification, le fait "d'avoir provoqué à leur emploi par le moyen de brochures, circulaires, prospectus, affiches, annonces ou instructions quelconques". L'exposition dans un lieu public n'est pas exigée, un envoi sous pli fermé personnel suffit à constituer la provocation, que celle-ci soit ou ne soit pas suivie d'effets. Les peines de la tromperie sont applicables à ces agissements.

368 Il en est de même des délits d'exposition, vente ou mise en vente de certains produits des articles 3-2°, 3-3° et 3-4° de la loi du 1° août 1905. Trois délits distincts existent dans les textes :

- Exposition, vente ou mise en vente de produits falsifiés ou servant à la falsification : le délit est distinct de celui précédemment cité puisque la création et la vente ne sont pas confondues. Le délit suppose l'intention frauduleuse du vendeur, c'est-à-dire sa connaissance de l'altération (26).

- Exposition, vente ou mise en vente de produits corrompus : La corruption suppose une décomposition naturelle du produit , c'est le cas d'une viande putréfiée, à l'exclusion des fruits et légumes frais pour lesquels l'examen extérieur doit permettre à l'acquéreur d'en déceler les vices. La mauvaise foi du vendeur est également requise.

- Exposition, vente ou mise en vente de substances toxiques : la toxicité existe à l'état naturel ou à la suite d'un traitement (les subs

(26) - Liotard, fasc. préc., n° 78.

tances médicamenteuses y échappent en vertu d'une réglementation spéciale). L'intention frauduleuse requise consiste dans la connaissance du caractère toxique du produit.

La réalisation du délit, par les termes légaux, peut être variée. L'exposition date de 1905 mais la jurisprudence élaborée à partir de la loi de 1851 l'avait déjà comprise dans le champ répressif. La jurisprudence a une conception large de l'exposition ou de la mise en vente : les marchandises peuvent ainsi se trouver "exposées" alors qu'elles sont dans la cave du débitant (27). Par contre, la détention par un propriétaire du produit de sa récolte ne constitue pas l'exposition ou la mise en vente (28). L'objectif non dissimulé de cette législation est de favoriser les poursuites en permettant au Service de la Répression des Fraudes de limiter son activité à la simple preuve du vice du produit, l'exigence de l'élément intentionnel étant, elle-même, ramenée à peu de choses par le juge.

369 Sans contester le bien-fondé de la répression des fraudes, M. Fourgoux souhaite l'élimination de toute part d'arbitraire (28). La compréhension jurisprudentielle de l'intention coupable, le risque d'application stricte des sanctions de la loi du 1° août 1905 à des faits apparemment mineurs sont quelquefois dangereux. L'auteur propose, pour cette raison, la création de nouvelles infractions, telle la contravention de "vente de denrées non conformes" (29). Les textes précités paraissent, en effet, sévères. Cette appréciation est, il est vrai, à nuancer et à compléter, compte tenu d'éléments parajuridiques, telle l'attitude du juge et de l'Administration, face au phénomène de la fraude.

---

(27) - Agen 17 janvier 1855, D.P. 55,2,151.
(28) - Crim. 12 mai 1910, Journ. Parq., 1910,2,50.
(29) - Fourgoux, chron. préc., p. 235.

SECTION 2 - Les garanties matérielles d'efficacité de la surveillance de la qualité.

370 Le juge et l'Administration sont certainement convaincus de l'opportunité de la répression des fraudes. Le premier est d'ailleurs lié par un texte de loi précis ; quant à la seconde, elle remplit un véritable rôle normatif complémentaire. Malgré cette attitude de principe, leur action est freinée par certains facteurs.

§ 1 : Les sanctions de la loi du 1° août 1905 en jurisprudence :

371 La sévérité des sanctions de la loi du 1° août 1905 est frappante. Elle se comprend à l'occasion de faits graves de fraude ou dont les conséquences pécuniaires sont élevées mais frappe indistinctement le petit comme le grand fraudeur, la tromperie sur l'origine comme la simple exposition de denrées corrompues. Quelle est la réaction du juge, face à la variété des situations qu'il rencontre ?

Il convient tout d'abord de souligner l'importance de la déformation jurisprudentielle de l'élément moral des délits de 1905 : en créant un devoir de vérification et de contrôle à la charge du professionnel du commerce, le juge a rendu ces infractions plus réelles, plus objectives. Dès lors que des poursuites sont engagées sur la base de la loi du 1° août 1905, seule la considération de l'élément matériel lie pratiquement le juge. M. Fourgoux, dans sa proposition de réforme de la législation des fraudes, a violemment attaqué cette jurisprudence prétorienne. Certes, le progrès a favorisé le recours à des techniques de contrôle de plus en plus subtiles, mais le résultat de la présomption peut être choquant. La même réprobation, pénale et sociale, s'applique au véritable fraudeur et à celui que l'on suppose frauder, faisant "passer pour malhonnête un homme dont on admet qu'il ne l'est pas" (30). Cette création ne peut être justifiée que par l'idée du "risque" couru par la victime.

---

(30) Fourgoux, ibid, p. 236.

Paradoxalement, le quasi automatisme de la sanction, à l'encontre du professionnel, n'est pas, pour lui-même, catastrophique. Au plan pratique, beaucoup plus grave est le laxisme judiciaire de la répression des fraudes. Malgré l'existence de peines d'emprisonnement, de nombreuses circonstances aggravantes et au cas même où les sanctions d'emprisonnement sont légalement obligatoires, ce sont les peines pécuniaires qui sont systématiquement prononcées. La jurisprudence ne se départit de cette attitude que dans les hypothèses les plus flagrantes d'atteintes à la santé de l'homme. Dans ce cas, la sanction s'apprécie non pas uniquement compte tenu de la gravité de la faute de l'auteur de l'acte incriminé mais, également, et surtout, en appréciant l'étendue du risque couru par l'acheteur (31).

En dehors de ces hypothèses particulières et à l'instar de l'application de la loi du 2 juillet 1963 relative à la publicité mensongère, les amendes infligées sont ridiculement faibles, notamment à l'égard des gros fraudeurs à qui le bénéfice de la fraude compense largement la perte infligée par la justice. Le magistrat est conscient de ce décalage mais les moeurs judiciaires ne semblent pas s'être accoutumées à ce nouveau rôle de la sanction pénale. S'agissant d'un délit économique, il constitue malgré tout le préalable indispensable à l'exercice intimidant de la sanction. Les remarques de M. Gondres résument assez bien ce point de vue (32) : "Certaines des peines d'amende qui sont infligées s'apparentent, par leur quantum, plutôt aux peines de police qu'aux peines correctionnelles. Ainsi, une peine de 150 francs d'amende prononcée contre un boucher qui a utilisé des sulfites pour conserver ou attendrir la viande est sans proportion avec le gain qu'il réalise et le danger qu'il fait courir. La sanction n'a une valeur répressive que dans la mesure où la peine prononcée affecte notablement le patrimoine ou la personne du prévenu".

Ensuite, (mais, est-ce propre à la répression des

---

(31) - Cf. les remarques de Louis Gondres, op. cit., n° 20 (la loi l'y incite puisque le taux de l'amende est doublé si le produit falsifié est nuisible à la santé ou toxique) ; Sur cette tendance cf : Crim. 9 avril 1963, J.C.P. 63 II 13290.

(32) - Gondres, chron. préc., n° 21.

fraudes ?) le défaut d'unité des décisions dans le prononcé des sanctions paraît inique. Pour un déficit en matière grasse de lait pasteurisé, le Tribunal Correctionnel de Versailles condamne le fraudeur à trois mois d'emprisonnement avec sursis, 25 000 francs d'amende, 5 insertions et un affichage de 7 jours, alors que le Tribunal Correctionnel de Castres, à l'occasion de la vente de jambon pur porc, renfermant un pourcentage de viande inférieur au minimum exigé ne condamne le prévenu qu'à 500 francs d'amende (33). Les services de la répression des fraudes s'orientent actuellement vers une forme de concertation avec les professionnels intéressés, avec l'aide, notamment, de l'I.N.C. (34). Cette politique de persuasion et d'information est intrinsèquement bonne mais elle n'entraînera jamais la disparition totale des abus ; le juge doit donc être vigilant et sévère à l'égard du véritable fraudeur et réserver sa mansuétude à l'imprudent.

372 Le texte de 1905 comprend, outre ces peines d'emprisonnement et d'amende, des sanctions qui, pouvant être qualifiées d'humiliantes, sont trop rarement appliquées :

1) En vertu de l'article 7 de la loi du 1° août 1905, le tribunal peut ordonner que le jugement de condamnation soit publié, intégralement ou par extrait, dans les journaux qu'il désigne et affiché dans les lieux qu'il indique. Le juge fixe, en outre, les modalités de cette peine, notamment la durée de l'affichage qui ne peut excéder sept jours(35), le coût de l'affichage et de l'insertion. L'attrait de cette législation, du point de vue de la protection de la victime, vient de ce qu'à nouveau, la déloyauté n'est pas seule considérée. "Le risque couru par le consommateur justifie, dit M. Fourgoux (36), l'application, en plus d'une amende, de sanctions plus efficaces que la loi du 1° août 1905

---

(33) - Cités in Guy Alexandre Gallon, Le service de la répression des fraudes et du contrôle de la qualité, thèse, Paris 1973, p. 331, espèces en date, respectivement, du 2 février 1972 et du 26 octobre 1962.

(34) - Jean Caille, La répression des fraudes, Rev. Pol. Nat., déc. 197[illegible] n° 92, p. 19.

(35) - Article 7, al. 7 ; Cf. Crim. 25 novembre 1927, Bull. crim. n° 26[illegible] Paris 31 mai 1967, D. 68, J. 643, note Fourgoux.

(36) - Note sous Paris 31 mai 1967, ibid.

met à la disposition des tribunaux. L'effet intimidant de la publication est, en matière commerciale, énorme. Il est regrettable que les juridictions n'emploient pas plus souvent le procédé. Pourquoi ne pas rendre cette mesure obligatoire pour les fraudes les plus graves ? (37).

2) L'article 14, alinéa 2 prévoit des peines accessoires facultatives. Les condamnations à l'emprisonnement peuvent, sous certaines conditions, entraîner une incapacité électorale. De plus, toute condamnation définitive à au moins trois mois d'emprisonnement sans sursis entraîne obligatoirement l'interdiction d'entreprendre ou de continuer une profession commerciale ou industrielle. La durée de cette incapacité ne peut être inférieure à cinq années. En fait, la rareté des condamnations à l'emprisonnement ôte une grande portée à la valeur de ces mesures.

373 Quelle conclusion peut être tirée de l'attitude judiciaire face à la fraude ? Le système législatif français est plus que complet. Il semble que peu de lacunes, et aucune d'importance, puisse lui être reproché. Les termes, volontairement larges et vagues, des incriminations permettent de saisir toute la variété des actes frauduleux, au mieux des intérêts de la victime. Le juge, de son côté, ne peut être soupçonné de ne pas comprendre la nécessité de la répression. Malgré ces remarques, l'observateur est frappé par la faiblesse relative du quantum des peines prononcées.Curieusement, le professionnel peut aisément être traduit en justice mais, par le jeu des circonstances atténuantes, sans encourir un risque énorme. Le fraudeur de mauvaise foi trouve son gain à cette solution alors que le fraudeur "présumé tel" se sent injustement condamné.

Ce bilan autorise la formulation de quelques propositions :

- Logiquement si la présomption pesant sur le professionnel est maintenue, elle doit garder un sens : elle ne peut valoir que simple renversement de la charge de la preuve en autorisant le fraudeur présumé à démontrer sa bonne foi. L'objectif est satisfait puisque les poursuites sont facilitées.

---

(37) - Cf. Nguyen-Thanh, op. cit., n° 271.

- Si le juge refuse cette conception de l'obligation de contrôle, il doit la faire disparaître. Il revient alors au législateur de créer deux catégories de délits : les premiers, intentionnels et réservés au fraudeur dont la mauvaise foi est démontrée, les seconds, contraventionnels et d'application automatique à tout vice démontré.

Le système actuel pêche surtout par son application. A cet égard, l'action administrative joue un rôle considérable, expliquant largement la faiblesse du nombre des condamnations depuis 70 ans (la moyenne est de 80 condamnations par an !).

§ 2 : L'importance du rôle de l'Administration dans l'application de la loi du 1° août 1905 :

374 Un double rôle, dans l'application de la loi du 1° août 1905, est à reconnaître à l'Administration (38) : normatif et administratif stricto sensu. Le premier tient à la valeur des circulaires et avis qu'elle émet. Ces textes sont nombreux et variés. Ils concernent surtout trois catégories (39) :

- Les circulaires relatives à la définition de la qualité et des composantes des produits. Elles sont nombreuses et pallient les insuffisances ou les lacunes de la loi ou des usages. Il s'agit, ainsi, de la définition des termes : "aliment naturel" (40), "biologique"(41) ou de la définition de la lavande (42)... Fréquemment, l'Administration se contente de préciser, de reprendre un usage, s'il est suffisamment loyal et constant. C'est le cas de la circulaire du 22 janvier 1970 relative aux "articles de fourrure ayant déjà été portés", de celle du 20 janvier 1937 sur la composition de la cire...

- Les circulaires relatives aux modalités des contrôles exercés par les

---

(38) - Pour une description détaillée de l'organisation des services concernés : cf : Gallon, op. cit.
(39) - Pour une classification plus détaillée : J.C. Fourgoux, Répression des fraudes. La réglementation par voie de circulaires, G.P. 1963, 2, doct. p. 43.
(40) - Circ. 3 août 1966 du SRF, Bull. 1968, réf. 68134, p. 31.
(41) - Réponse à la question n° 24105 posée à M. Le Ministre de l'agriculture et du développement rural, J.O. A.N. 15 juillet 1972.
(42) - Crim. 6 février 1974, D. 74, J. 493.

agents des services de la répression des fraudes. Elles en fixent les modalités techniques et juridiques. C'est, par exemple, le cas de la circulaire du 12 septembre 1963 déterminant les renseignements devant figurer dans les demandes d'autorisation d'emploi de substances chimiques à introduire dans les aliments.

- Les circulaires relatives aux poursuites intentées aux fraudeurs et à l'application des sanctions de la loi du 1° août 1905. Elles constituent pratiquement une justice parallèle mais sont plus rares que les précédentes. Ainsi, la circulaire 1312 du 27 juin 1972 prévoit-elle la saisine du Service Central de la Répression des Fraudes en cas de conflit sur la suite à réserver à un dossier, à un niveau subalterne.

L'article 11 de la loi du 1° août 1905 énumère des caractéristiques propres à assurer son exécution : définition du produit selon les usages commerciaux, caractères les rendant impropres à la consommation, règles relatives à la vente, la mise en vente ou l'exposition. Dans ce cadre, des décrets ont été pris, déterminant les règles de fabrication et de vente de nombreux produits, rendant ainsi applicable la loi. Or, l'Administration y adjoint la catégorie particulière des circulaires. La jurisprudence, par principe, leur nie tout effet juridique, notamment lorsqu'à l'égard de l'administré, elles sont plus sévères que le texte de base ou le modifient. Ainsi, une circulaire du Service Technique Interprofessionnel du Lait interdisant aux producteurs l'usage des termes "beurre pasteurisé" ne peut-elle justifier l'application de la loi du 1° août 1905 (43). Seul, le fonctionnaire est lié, dans le cadre interne de son service, par la circulaire.

L'inefficacité des tolérances administratives est plus nette. Une tolérance de l'Administration ne saurait autoriser la disqualification d'agissements qualifiés par un texte pénal (44) et "fut-elle démontrée, (elle) ne pouvait avoir pour effet de soustraire à la répression pénale des agissements qualifiés délits par un texte légal" (45). La Cour de Cassation rappelle souvent ce principe d'inefficacité.

---

(43) - Orléans 28 février 1964, G.P. 1964,1, p. 307.
(44) - Crim. 31 mai 1962, J.C.P. 62 II 12760, note Vivez.
(45) - Crim. 9 avril 1932, S. 33,1, p. 275 et sur les tolérances administratives : Nguyen-Thanh, n° 112.

Ainsi, l'addition à un vin d'appellation contrôlée Vouvray ne peut-elle autoriser la disqualification de ce fait en une contravention sanctionnée par l'article 13 de la loi du 1° août 1905 au motif que l'opération constitue un usage très répandu, connu et toléré de l'Administration (46). Le tiers est admis à contester, par la voie de l'excès de pouvoir, la validité de la circulaire ou de la tolérance. L'Administration n'est admise à ces pratiques que dans deux hypothèses :

- La circulaire ne fait qu'interpréter le texte de référence.

- Un texte légal investit l'Administration d'un pouvoir d'appréciation (47).

375 En réalité, la pratique s'éloigne fréquemment de ces solutions, reconnaissant un rôle primordial aux textes administratifs. M. Fourgoux distingue selon que les circulaires sont invoquées à l'appui des poursuites ou comme moyen de défense (48). Au premier cas, les Tribunaux Correctionnels hésitent à appliquer une circulaire lorsqu'elle constitue le fondement unique de la répression mais, par contre, les poursuites sont plus fréquentes lorsque la circulaire reprend un usage loyal et constant. Au cas de poursuites devant le Tribunal de Police, l'application d'une circulaire suppose, au préalable, l'existence, comme l'exige l'article 13 de la loi, d'un règlement d'administration publique auquel le fait concerné contrevient. Lorsque la circulaire est invoquée comme moyen de défense devant le Tribunal Correctionnel, la jurisprudence lui refuse, systématiquement, tout pouvoir exonérateur de responsabilité pénale. L'existence juridique de l'infraction ne peut être mise en cause (49), bien que certaines décisions admettant, en ce cas, la disparition de l'élément moral du délit pour absence de culpabilité. Est ainsi relaxé le prévenu qui, ayant obtenu l'autorisation du Service de la Répression des fraudes de fabriquer un "chocolat spécial", avait consulté le laboratoire de recherches et d'études biologiques sur cette fabrication, au motif que "ces différentes demandes

(46) - Crim. 31 mai 1962, préc.
(47) - Fourgoux, Répression des fraudes réglementation par voie de circulaires, chron. préc. p. 43.
(48) - Fourgoux, ibid, p. 48.
(49) Saint affrique 27 décembre 1956, D. 58, J. p. 558, note Liotard.

permettent de penser que le prévenu n'a pas voulu enfreindre la législation en vigueur" (50).

Parfois, l'Administration se montre plus libérale que le texte. La Cour Suprême rappelle que "l'approbation du Service de la Répression des Fraudes, donnée à un administré pour appliquer la loi, ne peut abolir la faute commise si le Service de la Répression des Fraudes s'est trompé" (51). En l'espèce, un fabricant français faisait figurer sur sa production la mention "Dixon's Finest Old Blended Whisky" en précisant que la boisson était composée de pur malt de grain importé directement d'Ecosse et d'alcool français. Actuellement, la Cour de Cassation écarte toute valeur des avis du Service de la Répression des Fraudes lorsque ceux-ci sont invoqués à l'appui d'une condamnation. Par exemple, un commerçant vend des désodorisants antimites à la lavande qui, en réalité, ne sont pas parfumés aux herbes de provence. Selon l'avis du Service de la Répression des Fraudes, il aurait fallu "que soit adjoint au nom de la plante le mot "parfum" ou "senteur" ou "odeur". La Cour de Cassation admet la Cour d'Appel à constater que la mauvaise foi du fabricant n'est pas établie, sans tenir compte de cet avis (52). Cette jurisprudence doit être approuvée.

376 La réglementation des fraudes par voie de circulaires ou tolérances est non seulement juridiquement critiquable puisqu'elle atteint le principe de séparation des pouvoirs : elle est dangereuse. La toute puissance de l'Administration est arbitraire lorsqu'elle la conduit à déclarer qu'à son avis, l'application d'un décret "aurait plus d'inconvénients que d'avantages" ! (53). L'insécurité résulte de l'admission d'une réglementation ni contrôlée, ni publique. Le professionnel, lui-même, ne comprend pas quels sont ses droits et obligations et, lorsque le cas se présente, il se sent iniquement condamné. L'insécurité est accrue si l'on rappelle que tantôt le juge admet la circulaire,

---

(50) - Montpellier 31 janvier 1957, in Nguyen-Thanh, op. cit. p. 74.
(51) - Cité in Fourgoux, chron. préc., p. 494; Rappr.Com. 27 mai 1972, D. 72, J. 477.
(52) - Crim. 6 février 1974, préc.
(53) - Cité in Fourgoux, Réglementation par voie de circulaires, chron. préc.

tantôt la rejette, selon des critères délicats à systématiser. La condamnation de l'efficacité des circulaires doit être faite sans appel. La Cour de Cassation se prononce, heureusement, en ce sens, depuis quelques années. Il est à souhaiter que cette tendance devienne générale afin de réserver à l'Administration la plénitude de sa véritable fonction "administrative".

Dans ce second rôle, l'Administration contrôle l'application des textes formant la surveillance des fraudes. Il n'entre pas dans le cadre de cette étude d'en détailler la structure et les mécanismes (54), il suffit d'en souligner les insuffisances :

- Insuffisances matérielles : il est devenu un lieu commun de rappeler la pauvreté des moyens des services de répression, tant dans son aspect humain que financier. L'énormité du champ de contrôle est sans rapport avec la faiblesse du nombre des agents de contrôle.

- Insuffisance de rigueur de conduite : l'incertitude règne fréquemment sur l'attitude présumée de l'Administration. Son laxisme est souvent surprenant. Le plus fréquemment, le constat de l'infraction est suivi d'un abandon pur et simple des poursuites. Cette mansuétude ne se justifie pas systématiquement.

378 L'existence de l'ensemble du système législatif français de répression des fraudes démontre que l'acheteur français est un des mieux protégés contre ces abus commerciaux. Des textes généraux sont largement complétés par des incriminations complémentaires qui, par leur rédaction et leur domaine d'application, autorisent la plus large répression. Une critique technique doit, malgré tout, lui être apportée : sa complexité est parfois déroutante. Celle-ci ne nuit pas aux poursuites mais complique le rôle du juge dans sa recherche du texte exactement applicable à une situation donnée. L'acheteur, comme le vendeur, s'y perd sans grande difficulté. M. Gondre, pour éviter cet inconvénient, propose un regroupement des textes afin de mieux les faire connaître (55) ; l'attitude des praticiens permet d'approuver une telle proposition.

---

(54) - Sur ce point cf. notamment Gallon, op. cit.
(55) - Gondre, chron. préc., n° 28.

379 Si la législation est foncièrement bonne, son application l'est moins. Malgré les efforts de l'Administration (ou parfois avec son autorisation), de trop nombreux faits coupables échappent à la sanction. Le professionnel n'y est pas toujours gagnant, ne serait-ce que par l'insécurité de sa situation ; quant à l'acquéreur, il se sent désarmé face à l'inertie administrative. Le rôle complémentaire des associations d'usagers dans l'initiative des poursuites doit être un premier remède à cette situation mais, à long terme, seul l'automatisme des poursuites justifie la mise en place d'une surveillance de la qualité.

---

380 L'existence d'un système de protection contre la déloyauté paraît mal se justifier parmi un ensemble plus vaste de techniques juridiques de protection de l'intégrité du consentement, dans la vente commerciale. En effet, la stricte analyse du consentement ne justifie en rien la considération, par le législateur ou par le juge, d'éléments extérieurs à la volonté de l'individu. En réalité, cette logique, n'est pas même respectée par le consensualisme qui admet, par exemple, la prise en compte de tels éléments dans l'erreur de l'article 1110 du code civil.

Le dol doit être défini comme une erreur provoquée. Comme tel, il suppose essentiellement un vice du consentement, une erreur de même nature que celle de l'article 1110 du code civil. Il s'y ajoute un acte extérieur apprécié moralement : la déloyauté du cocontractant. Les considérations qui limitent le contenu de l'erreur admise, notamment la sécurité du commerce, s'effacent sensiblement, face à la mauvaise foi de l'autre partie. La déloyauté n'est pas uniquement sanctionnée pour elle-même mais afin de renforcer, par l'introduction dans le droit de considérations morales, la protection de la victime. L'article 405 du code pénal remplit la même fonction en apportant au droit civil l'efficacité de la sanction pénale lorsque la déloyauté atteint gravement le consentement. L'ensemble forme le système classique de protection contre la déloyauté. Sa faiblesse résulte, outre les limites intrinsèques résultant de la loi ou du juge, de sa généralité et de son imprécision, autant de circonstances permettant trop aisément d'échapper à la sanction légale.

L'action complémentaire du législateur consiste à élaborer des textes de plus en plus précis, au domaine très spécifique. Leur trait commun est d'être impératifs et la pénalisation systématique du système s'oppose au droit classique ne recourant qu'exceptionnellement à la sanction pénale. Cependant la gravité des peines encourues n'est admise que comme sanction de la protection de la victime.

L'action législative s'est faite dans deux directions. La protection contre la déloyauté a, ainsi, visé le contrôle des techniques de vente, de la promotion commerciale, par des textes de plus en plus précis, puis, la surveillance de la qualité des produits vendus. Bien que varié, le domaine d'application de ce double contrôle est incomplet. Ce tableau est lié à l'évolution du commerce qui, aux procédés directs et d'une déloyauté tangible du passé, préfère actuellement recourir, grâce aux progrès de la promotion commerciale, à des formes subtiles et de plus en plus alambiquées de tromperie échappant fréquemment aux termes de la loi.

La déloyauté, si insidieuse soit-elle, finit par se jouer du contractant qui en accepte le risque. Son attitude peut parfois lui révéler la manoeuvre commerciale, mais dispose-t-il d'un réel libre arbitre ? Ce n'est pas certain car, à côté du risque d'erreur provoquée, existe celui de "contrainte", notion très particulière, en de nombreux points, à la vente commerciale.

TROISIEME PARTIE

LA PROTECTION CONTRE LA CONTRAINTE DANS LA VENTE COMMERCIALE.

382 Le risque d'erreur du contractant, erreur spontanée ou provoquée, se double, dans la vente commerciale, de celui de contrainte. La théorie des vices du consentement ne la conçoit que sous la forme de la violence mais, subjectivement, il est plus exact de parler de contrainte pour désigner l'impression psychologique, l'action sur le consentement, quelle qu'en soit la forme ou la cause.

La "violence" injuste est celle qui détruit ou limite la liberté consensuelle sans que la conclusion ou le contenu du contrat ait été voulu ou accepté. L'hétérogénéité des situations concernées est frappante mais son analyse, d'un point de vue évolutif, permet de déceler deux directions dans la protection actuelle de la victime de la contrainte.

Il s'agit, tout d'abord, d'apprécier l'étendue de la protection de la victime par le droit des obligations (titre 1) puis, le bilan de ce premier système établi, de déterminer les sanctions spécifiques des formes particulières de contrainte (titre 2).

TITRE I LA PROTECTION CONTRE LA CONTRAINTE PAR LE DROIT COMMUN DES OBLIGATIONS.

083 Les principes classiques du droit des obligations permettent-ils de répondre positivement au besoin légitime de protection contre la contrainte, plus ou moins latente dans la vie des affaires ? Le consentement étant vicié, la sanction de la contrainte peut résulter de la théorie des vices du consentement, que la contrainte soit démontrée ou présumée (chapitre 1°).

La fréquence et le particularisme de la contrainte, notamment dans le cadre du contrat de vente commerciale, ont, par ailleurs, permis à la doctrine d'élaborer la théorie dite du contrat d'adhésion que la jurisprudence constate à partir de l'analyse classique du contrat (chapitre 2).

Quels sont les résultats pratiques de ces deux propositions, dans le cadre de la vente commerciale ?

CHAPITRE I - La sanction de la contrainte par la théorie des vices du consentement.

384 La contrainte suggère naturellement l'appel au vice de violence de l'article 1109 du code civil. Or, la conception législative et jurisprudentielle de cette notion lui fixe des limites qui la rendent intrinsèquement inadaptable à la vente commerciale. L'admission de la sanction de la lésion ne permettrait-elle pas, en présumant la contrainte exercée, de répondre à cette insuffisance du droit des obligations ?

SECTION 1 - Les insuffisances de la théorie de la violence, vice du consentement.

385 Il n'y a pas de consentement valable si le consentement a été extorqué par violence (article 1109 du code civil). Les termes légaux soulignent l'intensité de l'agressivité exercée sur le contractant. Quel en est l'effet sur le consentement ? Cette question n'a ici qu'une importance relative. Le fait de savoir si la violence vicie simplement le consentement ou le détruit totalement a pu diviser la doctrine, il n'a pas de conséquence pratique. Le vice atteint le consentement non dans son élément intellectuel mais dans sa liberté. C'est pourquoi une terminologie exacte s'impose : la violence n'est pas le vice mais le moyen employé, le vice lui-même est la crainte subie par le contractant. La confusion est révélatrice de la structure du concept. L'évolution de la violence traduit une orientation similaire à celle du dol : de délit civil, on est, peu à peu, passé à l'idée de vice du consentement (1). Si, en droit romain, le metus, à la fin de la Républi-

(1) - Mazeaud, Leçons, n° 199.

que, est d'abord un délit pénal, accordant à la victime une action en réparation, il devient un vice du consentement pour, peu à peu, ne garder, finalement, que ce dernier aspect civil, le pénal étant assuré par le droit public. Le droit français conserve, assez curieusement, les marques de cette évolution : à côté de délits pénaux, tel le chantage de l'article 400 alinéa 2 du code pénal ou l'extorsion de titre ou de signature par violence (article 400, alinéa 1 du code pénal), la violence est un vice du consentement, concept duquel le droit civil n'a jamais pu écarter totalement les considérations délictuelles.

L'évolution est-elle achevée ? Il est délicat de se prononcer. Le régime juridique de la violence correspond à l'idée de protection mais le contenu délictuel y interfère sans cesse avec une intensité qu'il convient de relever dans le cadre de la vie des affaires. La protection de la victime dépendant largement de l'analyse de la violence en un vice du consentement, l'admission de la sanction de la violence résultant des évènements devrait permettre de combler les éventuelles lacunes du régime général de la violence.

§ 1 : La nature des éléments du vice de violence :

La crainte suppose la naissance d'un sentiment propre au contractant mais, aussi, une action extérieure, objective, si l'observateur se place du point de vue du consentement atteint.

A - Les éléments subjectifs de la violence :

386 La personnalité de la victime ne peut être une barrière à l'application de la nullité. La violence vicie le consentement lorsque les menaces sont dirigées contre le contractant mais, aussi, contre un de ses proches (article 1113 du code civil). La solution s'impose car, s'agissant de crainte, le vice est psychologiquement certain, quelle que soit la victime des agissements, les exemples légaux n'étant pas limitatifs (2). Poursuivant cette analyse de la violence en vice du

(2) - Charles Sauvage, J.C.L. Com., Ventes commerciales. Vices du consentement, fasc. V. n° 173.

consentement, l'article 1112 du code civil suppose le caractère déterminant de la crainte, sans laquelle le contrat n'eût pas été conclu. Cet élément est fondamental et logique, compte tenu de la construction française de la théorie des vices du consentement.

Ledit élément suppose une certaine gravité des actes et l'appréciation de leur influence sur le consentement. L'article 1112 du code civil parle d'un mal "présent" et il est entendu que ce terme revient à exiger que la crainte existe au moment du contrat, même si le mal est futur ce qui, à moins de tenir la main du contractant lors de la signature du contrat, est de règle. La menace se conçoit plus aisément, attitude au demeurant relative, que la contrainte physique, dans la vie des affaires. Mais, la vente y supposant l'intervention d'un professionnel et la répétition de contrats, la violence morale ne peut s'y exercer qu'occasionnellement, lors, notamment, de la conclusion d'un contrat important.

7 Le contenu délictuel du concept a considérablement diminué par l'appréciation de ce caractère déterminant. La référence romaine à "l'homo constantissimus" avait soulevé les justes critiques de Domat et de Pothier (3), aussi, la contradiction des deux alinéas de l'article 1112 du code civil n'est-elle qu'apparente : l'alinéa 1 suppose une appréciation in abstracto en se référant à une "personne raisonnable", alors que l'alinéa 2 exige de considérer "l'âge, le sexe et la condition des personnes"... Certains y voient, à tort, une double appréciation in abstracto et in concreto (4). En réalité, seule est à retenir la seconde forme, en conformité avec l'idée de vice du consentement. Il est remarquable que le code ait repris les termes mêmes de Pothier disant : "On doit, en cette matière, avoir égard à l'âge, au sexe et à la condition des personnes". L'alinéa 2 prônant l'appréciation subjective renvoie à l'alinéa 1 ; il n'y a donc pas application cumulative de deux critères, mais recours à la seule appréciation in concreto. La jurisprudence suit

---

(3) - Domat, Lois civiles, II, t. XVIII, section 2 ; Pothier, "Obligations", 25.
(4) - Dejean de la Batie, Droit civil français, t. VI, 1975, p. 230.

cette voie sans que la vie des affaires dévoile, à cet égard, des particularités précises (5). "S'il s'agit,disent MM. Flour et Aubert, de réprimer une faute, il faut que celle-ci ait été, objectivement, d'une gravité suffisante : ce qui conduit à l'appréciation in abstracto. S'il s'agit d'analyser la liberté du consentement, tout devient subjectif et doit être réglé in concreto" (6).

Si la forme de la violence importe peu, quelle doit être son intensité ? Le caractère déterminant de la crainte répond partiellement à cette interrogation. L'article 1112 du code civil parle de mal "considérable". Il est admis que l'élément essentiel de la notion est son caractère déterminant et que l'objectivité du mal compte peu (l'article 1112 du code civil met sur le même pied, par exemple, le péril des biens et celui de la personne). Est-ce à dire que la crainte la plus minime, dès lors qu'elle conduit à la conclusion du contrat, suffit à annuler la convention ? IL ne le semble pas : gravité et caractère déterminant sont indépendants. De même que pour l'erreur déterminante de l'article 1110 du code civil, la faiblesse du vice exclut souvent son admission.

Par ailleurs, l'appréciation in concreto écarte tout a priori : la sanction dépend de la force de résistance de l'individu. Ce choix répond à un évident souci de stabilité juridique. La jurisprudence l'entend strictement et seules les violences d'une gravité certaine sont causes de nullité. La jurisprudence, orientée dans cette voie par le texte de loi, exclut de la sorte la sanction par l'article 1112 du code civil de nombreux procédés commerciaux agressifs. Ces solutions, largement inspirées par l'idée de vice du consentement, n'excluent pas, loin de là, une appréciation objective de la violence.

---

(5) - Cf. J.C.L. com., fasc. préc., n° 174 s ; par exemple : Civ. 3° 19 février 1969, Bull. 1969,3,119 (femme âgée de 77 ans qui, affaiblie par la maladie, vend ses biens à prix symbolique à une personne qui la menace de la laisser sans soins si elle ne consent pas à la vente).

(6) - Obligations, n° 217.

B - Les éléments objectifs de la violence :

388 Extérieurs à la personne de la victime, ces éléments concernent l'auteur des actes violents ainsi que l'intention coupable. Tous deux présentent cette particularité d'imprimer au vice son caractère délictuel au point que le Doyen Ripert fasse du délit le fondement essentiel de la sanction de la violence (7).

1) L'auteur ou la violence :

389 A l'inverse du dol, l'auteur de la violence peut être étranger au contrat : "encore qu'elle ait été exercée par un tiers autre que celui au profit duquel la convention a été faite" (article 1111 du code civil). Le dol de l'article 1116 du code civil doit émaner du contractant et non d'un tiers. Comment expliquer cette différence ? Elle n'est pas logique et il est tentant d'y voir le passage par la violence de l'état de délit à celui de vice du consentement : la crainte viciant le consentement, seule compte l'impression psychologique produite sur la victime quelle qu'en soit l'origine. Si le souci de protection a assurément guidé le législateur en 1804, l'explication n'est pas absolue : le refus de l'admission de l'état de nécessité ruine sans appel la généralité de l'explication. Trois raisons expliquent cette limite posée à la protection de la victime. La première tient au constant souci de stabilité des relations juridiques : la contrainte des évènements est permanente et sa sanction générale ruinerait la sécurité commerciale. Les intérêts du cocontractant de la victime sont, ensuite, suffisamment sacrifiés par la violence d'un tiers : or, la violence des évènements suppose normalement sa bonne foi. Enfin, et surtout, la violence est conçue comme un délit civil. Aussi, reconnaissant le caractère artificiel de la comparaison, M. Starck explique-t-il la solution légale par l'existence d'une présomption de complicité du tiers, lien n'existant pas dans l'état de nécessité (8).

2) Le caractère injuste et immoral de la violence.

---

(7) - La règle morale, n° 45.
(8) - Starck, Obligations, n° 1380.

390 La crainte, vice du consentement, ayant déterminé la conclusion du contrat, peu importe sa coloration morale, son caractère légitime. Le code a, cependant, suivi Pothier qui avait conservé la tradition romaine : la violence morale n'est pas source de nullité lorsqu'elle est légitime ; en l'espèce, l'article 1114 du code civil réserve le cas de la crainte révérentielle. La jurisprudence établit la règle en décidant que la violence morale n'est pas sanctionnée lorsqu'elle constitue l'exercice d'un droit. Si le juge a enfermé cette exception dans la cadre précis de l'abus de droit, sa signification n'a cependant pas changé.

La contrainte doit consister dans la menace ou l'usage de procédures de droit régulières et non de voies de fait. Le moyen doit être légitime. Il en est de même du but de la violence : le créancier commet un abus de droit s'il cherche, par la contrainte, à obtenir un avantage indu (9). L'influence délictuelle est ici essentielle : seule l'origine historique de la violence justifie cette tolérance légale. "Il y a par là une preuve de plus, précisent MM. Flour et Aubert (10), qu'il est impossible de construire la théorie des vices du consentement sur la seule doctrine de l'autonomie par la volonté. Tout devient clair si l'on constate que, moralement, l'absence de faute exclut l'annulation".

Si les éléments subjectifs de la violence la laissent apparaître comme un vice du consentement, son contenu délictuel reste primordial. Ce dernier caractère, son injustice, introduit des idées moralisatrices et répressives dans une technique qui se devrait essentiellement protectrice. La doctrine a voulu mettre ce trait en échec, l'écarter, pour ne considérer que le consentement de la victime dans le cadre de la violence dite des évènements, le consentement étant donné dans un état de nécessité.

---

(9) - Civ. 9 avril 1913, D. 1917,1,104 ; sur la notion de voie de fait : Civ. 30 juin 1954, J.C.P. 54 II 8325.
(10) - Obligations, n° 220.

§ 2 : Vers une nouvelle définition de la violence : l'admission de l'état de nécessité :

391 La violence peut-elle être admise lorsqu'elle n'est pas imputable à un fait de l'homme ? En d'autres termes, lorsque ce sont les évènements qui contraignent le contractant à conclure l'acte, peut-il invoquer l'article 1112 du code civil ? D'un point de vue logique, si la violence reste conçue comme un vice du consentement, le raisonnement conduit à une réponse affirmative. M. Josserand l'affirme en déclarant (11) : "Une législation qui rattache la théorie de la violence, en tant que vice du consentement, aux notions de mobiles et de libre arbitre, exigera que la contrainte qui en est résultée ait été assez puissante pour opprimer le libre arbitre de la victime, pour jouer le rôle de mobile déterminant ; elle exigera, en outre, que l'emploi d'une telle violence n'ait pas été justifié". Et ce doit, en principe, être tout. L'exemple choisi classiquement est celui du voyageur, retenu par des brigands et qui se trouve réduit, pour obtenir de l'aide, à promettre sa fortune à son sauveteur. Ainsi conçu, l'état de nécessité n'a que peu d'utilité dans les relations commerciales. Mais, avant d'en rechercher la place dans le droit positif, il est à souligner que l'acceptation large du mot "crainte" pourrait permettre de sanctionner des abus mineurs mais réels. Une vente peut ainsi être conclue par contrainte en période de pénurie de certains produits, une situation de monopole commercial peut conduire à imposer soit des biens, soit des prix, sans que les uns ou les autres aient été réellement désirés. Comment justifier le contrôle des concessions exclusives sinon par le risque de contrainte née du rapport de force entre fournisseur et vendeur...

La théorie des vices du consentement raisonne sur l'entière liberté de principe de l'individu. Or, la contrainte est bien plus fréquente qu'il n'y paraît. Le code, par ses termes, n'autorise absolument pas cette extension du concept de violence. N'est-ce pas la voie vers laquelle la jurisprudence doit se tourner ? L'état de nécessité est ici envisagé lors de la formation du contrat, il ne doit donc pas être confondu avec la force majeure ou l'imprévision, notions

---

(11) - Mobiles, n° 74.

concernant l'exécution du contrat (12). Le concept suppose ensuite, de la part de la victime de la contrainte des évènements, l'obligation d'acheter et non le refus d'un tiers de vendre. Dans cette dernière hypothèse, le décret du 24 juin 1958 vise le délit très général de refus de vente répondant au risque précis de contrainte par laquelle une personne refuse de céder un bien à un individu qui en a un besoin pressant.

392 Dans l'admission de cette notion, l'évolution de la doctrine est fondamentale. Les auteurs classiques refusent toute sanction de la contrainte des évènements, suivant, en cette voie, la tradition romaine (13). A la rigueur, n'admettent-ils d'exceptions qu'à l'occasion du sauvetage maritime pour lequel la Cour Suprême, le 27 avril 1877 (14), a suffisamment démontré le risque d'abus et admis l'annulation de la convention contractée par nécessité. A cet égard, le Doyen Ripert, qui condamne l'admission de l'état de nécessité dans d'autres hypothèses, propose de substituer, comme fondement de la sanction, l'article 6 du code civil relatif à l'ordre public, à la violence. "Je ne puis admettre, dit-il (15), que la volonté la plus puissante dicte valablement à l'autre les termes de la convention. Les tribunaux ont le droit de déclarer contraire à l'ordre public une stipulation signée dans de telles conditions. Ils appliqueront l'article 6 du code civil et arbitreront eux-mêmes le prix du service rendu". La solution, introduisant la lésion dans le droit positif, revient à exclure totalement la sanction de l'état de nécessité par la violence. Aussi, les auteurs classiques proposent-ils quelques palliatifs, telle la nullité absolue du contrat pour défaut total de consentement ou l'annulation partielle de l'obligation pour défaut partiel de cause.

La doctrine moderne, à l'exception de M. Breton qui pose

---

(12) - René Savatier, L'état de nécessité et la responsabilité civile extracontractuelle, in Mélanges Capitant, p. 729.
(13) - Demolombe, XXIV, n° 150 ; Baudry-Lacantinerie et Barde I n° 77 ; Laurent n° 519 ; Marcadé, n° 415.
(14) D. 88,1,263 ; S. 87,1,372.
(15) - La règle morale, n° 46.

de strictes conditions à l'admission de l'état de nécessité (16), suit une voie radicalement opposée. Rejetant la conception délictuelle du droit romain et de Pothier, MM. Mazeaud affirment, par exemple, "qu'il ne paraît pas possible de se rallier à la thèse selon laquelle l'état de nécessité ne saurait constituer le vice de violence" (17), ce qui conduit à admettre la violence quelle que soit son origine : il suffit de s'attacher à l'état d'esprit du contractant, peu importe la cause de la violence. Les opinions développées permettent de dégager des arguments à l'encontre ou en faveur de l'admission généralisée du concept.

393 Classiquement est invoqué le fait que la loi parle de consentement "extorqué" par la violence. L'état de nécessité, précise Ripert (18), "altère pourtant la volonté tout comme la contrainte mais cette altération ne provient pas d'une extorsion et, à vrai dire, tout homme se trouve, plus ou moins, dans la société, en état de nécessité de contracter car il ne peut vivre sans contracter". Josserand critique cette conception en montrant qu'il ne faut s'attacher qu'au seul caractère déterminant de la violence (19) mais, si la doctrine classique veut entendre différemment le texte de la loi, cette attitude ne saurait étonner. Pour elle, la violence est avant tout un délit ; elle suppose l'élément intentionnel : celui-ci est évident chez le contractant mais comment l'admettre dans d'autres hypothèses ? L'explication la plus simple consiste à faire peser une présomption de culpabilité sur les tiers. M. Carbonnier suppose (20) que la thèse classique s'inspire de l'idée que le hasard est un "Act of God" devant lequel la victime doit s'incliner. Cette doctrine, considérant avant tout l'origine de l'acte incriminé et non ses conséquences, souligne que l'équité s'oppose à l'admission de la violence des évènements : le cocontractant, auquel la victime veut imposer la nullité du contrat, est, a priori, de bonne

---

(16) - André Breton, La notion de violence en tant que vice du consentement, Thèse Caen, 1925, p. 211.
(17) - Leçons n° 204 ; également : Starck, n° 1381 ; Charles Sauvage, J.C.L., fasc. préc., n° 166 ; Planiol-Esmein, n° 195 ; Mazeaud et de Juglart, n° 203 ; Weill, n° 194.
(18) - N° 46.
(19) - Mobiles, n° 74.
(20) - Carbonnier, Obligations, p. 362.

foi s'il n'a pas lui-même commis les actes en question. Il peut être admis qu'il en perde le bénéfice dès lors que le tiers responsable est son complice, mais sa bonne foi est certaine lorsqu'il ne fait que profiter d'une situation fortuite. Enfin, il est certain que les exigences très pratiques de stabilité juridique ont largement influencé le choix des auteurs. L'admission de cette forme de violence est la porte ouverte à la plus dangereuse instabilité juridique, d'autant plus grave lorsqu'elle se situe dans le cadre des affaires.

394 Les arguments en faveur de la sanction de la violence des évènements paraissent convaincants. Il n'est, tout d'abord, pas certain qu'analysant la violence en un délit civil, l'exigence de son élément intentionnel soit totalement incompatible avec l'application de l'article 1112 du code civil. L'exploitation de la nécessité, de l'état de besoin d'autrui, consiste bien de la part du cocontractant en une contrainte lors de la conclusion du contrat (21). Mais, surtout, l'admission de l'état de nécessité suppose, essentiellement, l'analyse de la violence en un vice du consentement. M. Sauvage résume bien la difficulté de l'alternative en énonçant (22) : "La violence civile, détachée et indépendante de ses origines pénales et ne supposant plus un élément intentionnel, il semble qu'en tant que vice du consentement, on doive, comme pour l'erreur, la prendre en considération même en l'absence de contrainte de la part du contractant ou d'un tiers si elle a été imposée par un certain état de nécessité". Quelle que soit l'origine de la contrainte, le consentement de la victime est vicié. Le contrat étant un important instrument social, la justification légale de la contrainte est choquante. Par ailleurs, si la violence est replacée dans le cadre plus vaste de la théorie des vices du consentement, la différence de régime qui lui est faite par rapport à l'erreur est particulièrement injustifiée. L'erreur de l'article 1110 du code civil est admise et appréciée du seul point de vue de la victime, qu'elle

---

(21) - Carbonnier n° 106 ; Josserand, Mobilies, n° 82 ; Planiol-Esmein, n° 193.

(22) - J.C.I. com., fasc. préc. n° 166.

ait ou non été volontairement provoquée. Pourquoi différencier le vice de contrainte ?

Cette doctrine, à l'appui de ses dires, veut trouver une tendance législative favorable à l'état de nécessité dans certains textes légaux. La loi du 29 avril 1916 sur l'assistance et le sauvetage maritimes, consacrant une jurisprudence antérieure, prévoyait (23) que "toute convention d'assistance ou de sauvetage passée au moment et sous l'influence du danger peut, à la requête de l'une des parties, être annulée ou modifiée par le tribunal s'il estime que les conditions convenues ne sont pas équitables". La loi du 21 avril 1945 autorise, ensuite, la nullité des actes de spoliation commis pendant la période d'occupation ennemie en créant une présomption réfragable de violence, le juge admettant aisément l'existence de la violence.

395 La jurisprudence ne suit pas le courant dominant de la doctrine. En matière de spoliations, elle exclut généralement la nullité lorsque ne s'applique pas la loi du 21 avril 1945 (24). L'admission généralisée de l'état de nécessité ne paraît s'être faite qu'à l'occasion du sauvetage en mer pour lequel la Chambre des Requêtes déclare (25) : Le demandeur "s'est vu contraint et forcé de subir comme une nécessité la convention qui lui était imposée, (que) son consentement n'ayant pas été libre, la convention est viciée dans son principe". Seules quelques rares décisions ont admis la violence des évènements. Peut ainsi être citée l'annulation d'un contrat de travail contenant des clauses désavantageuses pour un employé l'ayant signé alors que, son enfant étant malade, il avait un besoin urgent d'argent (26). Aucune décision n'admet cette forme de violence dans le cadre strict de la vente commerciale où les impératifs de stabilité contractuelle se font, plus qu'ailleurs, impérieux.

---

(23) - Elle fut modifiée par la loi du 7 juillet 1987 et étendue par la loi du 31 mai 1924, art. 57.
(24) - J.C.I. com., fasc. préc., n° 168.
(25) - 27 avril 1887, D.P. 88,1,263 ; S. 87,1,372.
(26) - Soc. 5 juillet 1965, Bull. IV, n° 545, p. 460 et Civ. 26 juillet 1949, G.P. 49,2,363 qui ne résout pas le problème ; cf : T.com.Seine 12 mars 1945, G.P. 45,1,107 ; T.com.Rennes 20 mars 1929, Rec. Som. Sirey, 1929,3,556. Contra : Colmar 12 juillet 1946, S. 46,2,124 - G.P. 47,1,90 ; Lyon 20 février 1964, G.P. 64,1,420.

Le refus jurisprudentiel paraît, sauf hypothèses marginales, certain. Il est d'autant plus regrettable que la vie commerciale offre de nombreuses formes de contrainte que ne recouvrent pas les textes spéciaux. Une intervention législative semblerait utile ; plusieurs raisons conduisent à cette proposition.

Le trouble social et l'immoralité de la situation sont parfois choquants. L'article 1112 du code civil a un trop faible rendement social pour justifier son monopole à régir les situations de violence. La violence contractuelle, en effet, n'existe plus à l'état pur mais est devenue plus policée. Au plan pénal, il n'existe pas de délit correspondant à l'exploitation de situation ou des faiblesses d'autrui(26 b)les infractions de chantage ou d'extorsion s'appliquant à des hypothèses très particulières de violences caractérisées. Mais quelle est la forme de sanction adéquate ?

396 Cette détermination suppose, au préalable, l'adoption précise de la nature de la contrainte. Certains la considèrent comme un délit, tel M. Breton qui étire au maximum la violence pour proposer ces termes (27) : "Lorsque la violence émane des évènements elle ne peut être immorale que si l'acte passé sous son influence impose à la partie violentée une prestation exagérée, dans une disproportion choquante avec la contrepartie reçue ou le préjudice causé". Le Doyen Ripert qui fonde délictuellement la violence exige une exploitation immorale par autrui (28). M. Bonassies, quant à lui (29), analysant la violence des évènements en une exploitation abusive d'une situation d'infériorité d'autrui, considère qu'il s'agit d'hypothèses de violation de l'obligation de bonne foi contractuelle.

Si, à l'inverse, la contrainte n'est pas conçue comme un délit mais plutôt comme un vice du consentement, le seul élément à considérer est son caractère déterminant, à l'exclusion de toutes considérations objectives. Cependant, comme à l'occasion de l'erreur ou du dol, la sécurité juridique impose de prendre, partiellement, en considération l'attitude d'autrui. Certains auteurs, dont MM. Flour et Aubert, suppo-

(26 b) - Si ce n'est certain délits de protection des mineurs.
(27) - Breton, op. cit., p. 229.
(28) - La règle morale, n° 46 et 49.
(29) Op. cit., p. 515.

sent (30) que "l'assimilation de l'état de nécessité à la violence doit être posée comme une règle générale mais seulement lorsque le contractant a profité des circonstances pour stipuler des conditions qui lui seraient abusivement favorables". La victime est avantagée par la généralité de la sanction mais la proposition suppose un contrat lésionnaire. Or, la contrainte peut exister sans cette disproportion. Aussi, Mme Pérot-Morel (31) n'exige-t-elle qu'une intervention humaine dans la contrainte : la difficulté est d'en fixer l'intensité.

Dans le problème de la violence des évènements, deux hypothèses coexistent : la contrainte dans le cadre d'un contrat lésionnaire et la contrainte sans lésion. Pour cette seconde forme, la nullité doit être admise lorsque trois conditions sont réunies :

- caractère déterminant de la contrainte appréciée en conformité avec la jurisprudence actuelle.

- intervention humaine consciente et volontaire du cocontractant.

- impossibilité pour la victime d'écarter la contrainte, l'origine de la violence étant indifférente.

La preuve par la victime d'une disproportion lésionnaire des prestations jouerait en sa faveur en permettant au juge d'assouplir ces conditions. Le droit ne consacrant pas cette proposition, la lésion permet-elle d'y parvenir ?

SECTION 2 - La protection contre la contrainte par la théorie de la lésion.

397 La lésion correspond au décalage entre le prix du bien et sa valeur vénale, objective. Cette définition la distingue de notions voisines telle l'imprévision ou la taxation légale et précise un concept s'adaptant particulièrement à la vie commerciale. Avant de déterminer si

(30) - Obligations, n° 222.
(31) - Perot Morel, op. cit., n° 182 s.

la lésion peut effectivement correspondre à la contrainte, vice du consentement, quelle est sa sanction en droit positif ? L'article 1118 du code civil ne laisse planer aucun doute, quant au principe : "La lésion ne vicie la convention que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes..." De fait, les quelques possibilités de dérogation ouvertes par le texte n'ont été que peu exploitées par le législateur. Il s'agit,pour les contrats, de la nullité des ventes d'immeubles au profit du vendeur pour lésion du plus des 7/12° (article 1674 du code civil) et du partage pour lésion du plus du quart (article 887 du code civil) à des conditions restrictives. Quant aux personnes, la loi vise les actes lésionnaires des mineurs.

Le principe posé en 1804 résultait de la force de l'autonomie de la volonté ; avec la perte progressive de la confiance en la justice contractuelle, le législateur a étendu, peu à peu, le domaine de la lésion dans des hypothèses limitées et bien précises : notamment dans les ventes d'engrais ou de semences en autorisant la révision du prix pour lésion du plus du quart (32). Egalement, lorsque les conditions n'en sont pas équitables, le tribunal peut, à la requête d'un contractant, annuler ou modifier le contrat d'assistance maritime (33). L'intérêt dans le prêt peut, ensuite, être réductible lorsqu'il dépasse le taux usuel de plus d'un quart (34). Enfin, si le prix forfaitaire de cession d'une oeuvre de l'esprit est lésionnaire de plus des 7/12°, le contrat de cession peut être révisé (35). A cette législation pointilliste, le juge, face à l'interdit particulièrement net de l'article 1118 du code civil, répond en affirmant l'exclusion de principe de la lésion dans le contrat de vente, notamment lors de l'échange de choses mobilières (36).

---

(32) - Loi du 8 juillet 1907, mod. 10 mars 1937 ; Starck, n° 1593.
(33) - Loi du 7 juillet 1967, art. 15, modifiant la loi du 29 avril 1916, art. 7.
(34) - Loi du 28 décembre 1966, mod. D.L. 8 août 1936.
(35) - Loi du 11 mars 1957 qui ajoute que "La lésion sera appréciée en considération de l'ensemble de l'exploitation par le cessionnaire des oeuvres de l'auteur qui se prétend lésé".
(36) Civ. 1° 14 février 1968, D. 68, Som. 82 ; Cass. Civ. 3° 9 avril 1970, J.C.P. 71 IV, 138 et Philippe Malaurie, Jurisprudence citée in J.C.I. civil cf. lésion, art. 1118 (art. 2 à 10).

L'extension actuelle de la lésion se fait, cependant, par l'intermédiaire du juge qui l'atteint, en dehors des dispositions légales, par des voies diverses et détournées.

- Le juge réduit le prix des cessions d'offices ministériels lorsque ce prix est lésionnaire. Pour des motifs d'ordre public, le tribunal, à la demande du cessionnaire, peut réduire le prix de la cession afin qu'il représente la valeur exacte (37).

- Le magistrat s'est donné un droit de contrôle des honoraires exigés par les mandataires, agents d'affaires, avocats, avoués et notaires, pour éviter tout abus de la faiblesse ou de la naïveté d'autrui (38).

- Le dol par réticence constitue une forme détournée de sanction de la lésion lorsqu'il porte sur la valeur de l'objet.

- Plus intéressant , du point de vue de cette étude, est le cas de ce qui est appelé la "superlésion", c'est-à-dire la vileté du prix dans la vente. La jurisprudence considère nulles de nullité absolue les conventions dans lesquelles le prix est dérisoire ou vil. Le contrat n'existe pas si le prix, élément constitutif, fait défaut (39) : l'obligation de l'acheteur est sans objet, celle du vendeur, sans cause. Le fondement juridique ainsi donné à la superlésion l'éloigne de la théorie des vices du consentement mais si la lésion exigée est importante, sa généralité et sa sanction sont plus favorables à la victime. La jurisprudence y assimile le prix dérisoire ou vil (40). "Le prix existe, précisent MM. Mazeaud qui approuvent l'extension, mais il est si minime qu'il n'a aucun rapport avec la valeur de la chose" en ajoutant "grâce à la théorie de la vileté du prix, les tribunaux peuvent donc réparer les injustices trop scandaleuses dans toute espèce de vente et dans les ventes normalement sanctionnées par la lésion, éviter à la victime les rigueurs de la prescription rapide de l'action en rescision.

---

(37) - Mazeaud, t. II, n° 213, cf : Cass. Req. 13 juin 1910, S. 1913, 1,347.
(38) - Mazeaud, Leçons, t. II, n° 213,215,248 et 276.
(39) - Civ. 1° 4 août 1952, Bull. civ. 52,1,213.
(40) - Paris 22 mars 1952, G.P. 52,2,102, cf. Delmas Saint Hilaire, L'adaptation du contrat aux circonstances économiques, in P. Durand, La tendance à la stabilisation du rapport contractuel.

- Enfin, par référence aux usages commerciaux, le juge peut être amené, dans des circonstances exceptionnelles, à mettre fin à un contrat lésionnaire. Une application très particulière et, semble-t-il, isolée, en a été faite par la Chambre Commerciale de la Cour d'Aix le 19 octobre 1967 concernant la nullité d'une concession exclusive consacrant une disproportion entre les obligations assumées par les contractants, les accords liant le concédant pour une durée dépassant les usages du commerce. Mais la Cour de Cassation a brisé cette velléité d'introduction de l'imprévision dans le droit privé (41).

398 Si la lésion est sanctionnée, comment peut-elle correspondre à la contrainte, vice du consentement ? La doctrine a répondu à cette question en dégageant, très tôt, deux grandes conceptions de la lésion selon qu'elle est appréciée objectivement ou subjectivement. Au premier cas, il n'y a pas vice du consentement. La première conception, procédant d'une analyse objective de la situation, justifie la sanction de la lésion par sa cause immorale. Reprenant le concept économique du juste prix, elle fonde la sanction par la cause de l'article 1131 du code civil, sans aucune recherche de l'intégrité du consentement. Ses tenants se contentent de fournir un seuil de disproportion au-delà duquel doit s'appliquer la sanction légale (42). La théorie subjective rejette cette simple comparaison économique des prestations (43) et s'attache à l'étude du consentement de la victime. Pourquoi cette dernière accepte-t-elle un contrat dont les conditions lui sont particulièrement défavorables ? Il est à supposer que son consentement n'est pas libre, soit qu'il s'entache d'erreur, soit qu'il est contraint par le fait de l'homme ou des évènements. Le contenu moral de la lésion peut exister mais, selon la doctrine subjective, jamais n'être l'essentiel du vice. La lésion est un vice du consentement, la preuve supplé-

---

(41) - Com. 2, déc. 1969, D. 70, J.203, note J.L.

(42) - Notamment : Beudant 2° éd. (1934-1953), t. VIII, par Lagarde, n° 250 ; Planiol et Ripert, 2° éd. t. X, par Hamel, n° 235 ; Ripert et Boulanger, t. II, n° 264 s. et rapp. Dumas, S. 1933, 1,377, note Tortat.

(43) - Cf. notamment : Emile Demontès, Observations sur la théorie de la lésion dans les contrats, in Mélanges Capitant, p. 171.

mentaire étant que l'article 1118 du code civil se trouve, dans le code, au chapitre relatif au consentement.

Si séduisante qu'elle puisse paraître, la conception subjective ne correspond pas au droit positif. La lésion n'est ni un quatrième vice, ni une forme des trois autres : pourquoi ne l'admettre que dans certains contrats ? Pourquoi ne l'admettre qu'au delà d'un certain taux ? Si, pour les immeubles, le propriétaire peut être contraint de vendre, et pas d'acheter, ce qui reste à démontrer, pourquoi, la remarque ne s'applique-t-elle pas aux ventes d'engrais ? Le consentement n'est certes pas aussi libre qu'il le devrait mais il existe. La liberté contractuelle suppose la primauté de l'accord des parties. Ce principe essentiel ne cède que dans des hypothèses bien précises et limitées, face à un principe qui lui est supérieur. Le fondement des textes spéciaux ne permet pas d'y voir la volonté de protéger a priori le consentement. Il n'y a pas un fondement de la lésion, en droit positif, mais plusieurs fondements. Ainsi, par exemple, ce n'est pas le souci de protection du contractant qui a prévalu pour admettre la lésion dans le partage mais parce que l'esprit spéculatif doit être proscrit de cette affaire de famille (44)...

399 Une intervention législative est-elle souhaitable ? Les données actuelles de la lésion ont considérablement varié depuis 1804. A l'époque, législateur et auteurs considèrent généralement que le contractant est le meilleur juge de ses intérêts ; son engagement, à moins d'une violence brutale,doit être respecté. La lésion ne peut, face aux exigences de stabilité contractuelle, reculer que devant des principes supérieurs. La primauté de la propriété immobilière, en 1804, explique la lésion dans la vente d'immeuble. Or, la composition du patrimoine a

---

(44) - Sur les divers fondements : Flour et Aubert, n° 242 ; Carbonnier, n° 38 ; La jurisprudence souligne cette diversité : ex : Req, 28 décembre 1932, D. 1933,1,87 ; Civ. 21 avril 1950, J.C.P. 1950 II 5800, Rapp. Cavaroc et note RC.

changé et la richesse est souvent mobilière, notamment en matière commerciale. Faut-il admettre l'absence de lésion comme condition de validité des contrats ? Le débat a toujours divisé la doctrine et continue à le faire.

L'objection essentielle à l'admission généralisée de la sanction de la lésion est grave : le danger d'instabilité juridique paraît certain. Par principe, la lésion étant une notion objective, le simple constat d'un déséquilibre des prestations suffit à l'admettre. Permettre à un contractant, qui y est d'autant plus incité en période d'inflation, sous le prétexte plus ou moins réel de lésion, d'annuler un contrat ruinerait la vie des affaires. Mais, de plus, l'opportunité de cette sanction n'est pas démontrée. Elle fait double emploi avec la théorie de la cause si la lésion est analysée objectivement. Si le concept se voit donner un contenu subjectif, il vide, par contre, de tout sens la théorie des vices du consentement : erreur ou violence. Par ailleurs la lésion soulève des problèmes pratiques considérables : la valeur, sur laquelle repose son admission, est loin d'être une donnée réelle et objective. Enfin, si la faute justifie, totalement ou partiellement, la lésion, son admission conduit à des impossibilités pratiques : il est impossible d'annuler, à raison d'une faute délictuelle ce qui a été fait par contrat ; seule, peut être accordée une action en réparation.

Plusieurs propositions ont été faites et supposent toutes l'adoption d'une conception objective de la lésion, choix inévitable dans la mesure où la conception subjective se suffit à elle-même : seule une analyse plus poussée de la volonté est suffisante à justifier la sanction. La jurisprudence extensive de la lésion l'admet puisqu'elle préfère la conception objective à l'énoncé apparemment subjectif de l'article 1118 du code civil. Ce choix diminue les risques de la généralisation de la lésion résultant des opinions subjectivistes. Le danger d'instabilité demeure cependant. Les auteurs en sont conscients, aussi chaque proposition contient-elle l'exigence

d'une disproportion importante des prestations (45). Le Doyen Ripert ajoute un élément commun à toutes ces propositions (46) : "ce n'est pas la disproportion des prestations qui peut faire tomber le contrat, c'est la révélation, par cette disproportion, qu'il y a eu exploitation de l'un des contractants dans un contrat qui ne repose pas sur l'idée de spéculation". En ce sens, la proposition Guibal Dupin vise l'exploitation du besoin, de la légèreté, de l'inexpérience d'autrui (47), la Commission de réforme du Code Civil propose l'exigence d'une exploitation de la gêne ou de l'inexpérience du contractant (48).

00 Mais, que contient la notion d'exploitation ? Elle suppose une contrainte subie lors du contrat par le contractant. Intrinsèquement, la lésion est donc liée à la violence. Sa généralisation suppose d'admettre la protection indirecte du consentement mais, afin de ne pas vider l'erreur et le dol de tout contenu, elle ne vient que renforcer l'article 1116 du code civil. La disproportion des prestations traduit le vice ; la contrainte, quand même limitée, existe : c'est pourquoi son application généralisée s'impose dans tout contrat. Si une proposition législative devait être faite, elle devrait s'appuyer sur ce souci essentiel de protection de la victime. Il serait alors trop aisé à un contractant d'invoquer une prétendue contrainte pour se dédire. La lésion suppose donc l'introduction d'éléments objectifs face à ce principe subjectif :

- La fixation d'un taux est indispensable puisque la lésion va présumer le vice. Au plan pratique, la valeur n'est pas une notion unitaire mais éminemment hétérogène d'où la difficulté de cerner ce concept. Le danger

---

(45) - Guibal - Dupin : "disproportion énorme" ; Travaux de la Société d'Etudes Législatives et de la Commission de réforme du Code Civil : quantum du plus de la moitié ; Damontès et Ripert : exigence d'un taux légal...

(46) - La règle morale, n° 73.

(47) - J.O. Doc. Parl. - Ch. Dep. 1920, p. 1112 ; également : Carbonnier, n° 37 ; Weill, n° 215 ; Ripert, n° 69 s.

(48) - Commission de Réforme, Travaux, 1946-47, p. 161. Dans le même sens: rapport à la SEL - Bull. SEL, 1921, p. 216 et s ; 1922, p. 26.

est moindre dans la vente commerciale, moins suspecte de subjectivité par son anonymat fréquent et parce que le prix y est une donnée plus stable. Il n'en reste pas moins que la fixation du taux est le plus souvent arbitraire : pourquoi admettre la lésion du plus d'1/2, d'1/4 ou des 7/12°, plutôt qu'une autre ?

- La lésion suppose, ensuite, une intervention humaine fautive. Quelle est son intensité ? Simple participation (Perot - Morel), exploitation abusive (Commission de réforme) ou, par voie croissante, danger d'immoralité (Marty - Raynaud) ? Les partisans de la violence-faute en font, bien sûr, l'élément essentiel mais, par la généralité des termes employés, ne peut-on craindre l'arbitraire judiciaire ? L'admission de cette donnée morale trop restrictive réduit à peu de chose le contenu de la sanction.

En supposant aplanies ces objections et énoncé l'éventuel article du code relatif à la lésion, comme l'a fait sans succès la Commission de Réforme du Code Civil, l'exemple étranger laisse sceptique quant à la portée de la réforme. Les codes allemand et suisse se sont orientés vers la sanction générale de la lésion (49) mais les textes sont peu appliqués. Ce constat ne saurait étonner car il est impossible de démêler la preuve de l'exploitation de celle d'un vice du consentement, la sanction généralisée n'apportant rien à ce qui existe déjà.

401 La vie commerciale souhaite-t-elle, elle-même, la généralisation de la lésion. Le Doyen Ripert propose de l'exclure purement et simplement dans les ventes entre commerçants (50). L'idée est astucieuse. Elle se justifie certainement dans les ventes entre professionnels à égalité technique et économique. Le choix de la vente entre professionnels n'est pas suffisant et doit être complété par cette condition d'égalité. Ce paramètre supplémentaire rend d'autant plus délicate la définition technique de la lésion qui, dans les ventes directes, se justifie mais suppose résolues les difficultés précitées.

---

(49) - Article 158 BGB, art.21 code suisse des obligations ; art. 82 du code polonais de 1965.
(50) - Règle morale, n° 72.

402 Le droit français raisonne essentiellement sur la violence brutale. Les moeurs admettent implicitement la notion de faux prix, pour autant que le juste prix soit déterminable. Il reste une illusion car le contrat est une lutte, son libre débat, en matière commerciale, ne résiste pas aux faits. Le législateur peut s'orienter, en dehors d'un dirigisme préventif dans la fixation des conditions du contrat (taxation, obligation de renseigner...), vers le contrôle des abus de la pratique des contrats d'adhésion.

CHAPITRE II - LA PROTECTION CONTRE LA CONTRAINTE DANS LES CONTRATS D'ADHESION

403 La disproportion économique des contractants étant fréquente, dans les ventes entre professionnels comme dans celles conclues avec le public, l'abus de puissance se traduit, souvent, par une contrainte échappant aux formes classiques de violence physique ou morale mais bien plus efficace. Le droit des obligations, impuissant à y répondre par la théorie des vices du consentement, peut-il, cependant, offrir d'autres ressources à la victime ?

La doctrine y a songé en élaborant, face à la nature particulière du contrat d'adhésion, un système spécifique de protection de l'adhérent (section 1). Le législateur et la jurisprudence lui préfèrent une solution plus classique, par référence au droit des obligations (section 2). Dans cette recherche, le contrat d'adhésion est étudié du seul point de vue de la contrainte qu'il permet d'exercer sur le contractant. Plus précisément, il n'est que l'extériorisation de cette violence. Ce contrôle n'exclut pas la sanction de la cause de cette contrainte : l'abus de puissance, la disproportion économique utilisée à mauvais escient, pour laquelle existe un contrôle spécifique (1). Enfin, la contrainte exercée, le contrat d'adhésion, ne doivent pas être confondus avec leurs moyens d'expression : les conditions de vente, les contrats-types...

Ainsi délimité, le contrat d'adhésion est, dans cette étude, défini comme le contrat dont le contenu a été fixé préalablement à sa proposition et établi sans qu'aucune possibilité de débat ait été offerte à la victime. Deux éléments caractérisent la contrainte susceptible d'être exercée : rédaction préalable et absence de débat. Suffisent-ils à autoriser la création d'une théorie spécifique du contrat concerné.

---

(1) - Infra : Troisième partie - Titre 2.

SECTION 1 - Le contrôle du contrat d'adhésion par la théorie dite du contrat d'adhésion.

404 La théorie part d'une étude exacte du contrat à partir de laquelle elle propose une conception particulière de cet acte et un contrôle approprié.

§ 1 : La nature et la spécificité du contrat d'adhésion :

Le contrat d'adhésion, moyen de la déloyauté ou de la contrainte, est, à ce titre, susceptible d'abus mais, au préalable, quelles en sont les formes ?

A - Les formes du contrat d'adhésion :

405 Une confusion fréquente doit être évitée. La définition précitée suppose que le contrat puisse revêtir plusieurs modalités mais, ainsi , il n'en est pas lui-même une forme : c'est à tort que l'on parle de contrat d'adhésion ordinaire pour désigner habituellement les conditions générales de vente. De même, si le contrat type est souvent un contrat d'adhésion, la proposition inverse n'est pas exacte. La vente commerciale connait trois modalités de contrat d'adhésion.

1) Le contrat type :

406 Une précision, apportée par M. Leauté (2), est nécessaire : "L'expression contrat type est malheureuse, il vaudrait mieux dire "formule type de contrat". Mais le terme de contrat type est entré aujourd'hui dans la pratique et il semble être trop tard pour le changer". Le contrat type est une formule établie par un organisme autre que le contractant et destiné à être repris tel quel par ce contractant qui l'impose à son partenaire contractuel. Usitée depuis fort longtemps dans les pays de Common Law, cette procédure devient de plus en plus fréquente dans les relations commerciales françaises car elle présente

(2) - Jacques Leauté, Les contrats types, R.D.C. 1953,p. 429, n° 2.

des avantages pour le vendeur. Celui-ci limite les risques juridiques en bénéficiant de l'expérience acquise par la pratique antérieure de la formule adoptée ou de son auteur. Par ailleurs, la standardisation des productions conduit, peu à peu, à cette modélisation du contrat, phénomène accentué par le développement des échanges à l'extérieur. Dans une certaine mesure, la jurisprudence pousse les professionnels à adopter le contrat type. Le Doyen Ripert a fort bien souligné (3) le parallèle entre le contrat type et l'usage professionnel. Le contrat, bien que volontaire, est toujours suivi, à long terme car, facultatif à l'origine, le contrat est peu à peu systématiquement repris tel quel, par habitude, par les parties. Le phénomène est évident à propos des contrats types dits obligatoires, c'est-à-dire, pour reprendre la classification de M. Leauté (4), ceux établis par un groupement auquel adhèrent des professionnels, cette appartenance les obligeant à utiliser, dans leurs relations contractuelles, la formule créée, faisant rejaillir, par ricochet, la contrainte. Ce n'est plus la force obligatoire du contrat mais la force de l'habitude et des relations d'affaires qui justifient que le contrat type facultatif soit suivi, tôt ou tard. L'application du contrat type s'effectue par référence expresse ou dans le silence des parties mais répond fréquemment aux besoins de la pratique qui, soucieuse de sécurité, évite au maximum le contentieux judiciaire.

Mais, conçus comme des contrats d'adhésion, les contrats types présentent des inconvénients. "Les contrats types, dit M. Léauté (5), présentent (en outre) le danger d'être parfois les instruments d'une lutte économique sans merci, à l'issue de laquelle ils permettent aux plus forts de dicter leur loi aux plus faibles" faussant ainsi, par ailleurs, le jeu normal de la concurrence. La suspicion qui s'y attache parfois ne saurait donc étonner (6). Doit être souligné l'effort d'orga-

---

(3) - La règle morale, p. 443.
(4) - Chron. préc., n° 37 s. et 13 s.
(5) - Chron. préc., n° 10.
(6) - Charley Del Marmol, Les clauses contractuelles types, facteur d'unification du droit, in Liber Amicorum Frédéricq, Gand 1965, p. 307 - 313 ; André Tunc, English and Continental Commercial Law, p. 234.

nismes comme la Commission Economique pour l'Europe ou la Chambre de Commerce Internationale qui proposent des formules de conditions générales applicables à la vente et au contrat de fourniture notamment et assurent une rédaction plus équitable des formules que la pratique tend, de plus en plus, à reconnaître (7). Mais , si le trait des contrats types est leur uniformité relative, si les auteurs se sont attachés à souligner cet aspect quasi réglementaire, la deuxième catégorie n'est pas encore à ce stade.

2) Les conditions générales de vente :

407 Les documents établis par la Chambre de Commerce Internationale ou la C.E.E. ne doivent pas, malgré leur appellation, tromper. L'expression "conditions générales de vente" désigne, selon la très précise définition de M. Seube (8), "les clauses abstraites applicables à l'ensemble des contrats individuels ultérieurs conclus, rédigés par avance et imposés par un contractant à son partenaire". Il existe deux grandes catégories de conditions, selon leur origine :

- Les plus nombreuses émanent d'un organisme auquel est affilié le contractant, et dans ce cas, elles se confondent,purement et simplement, avec les contrats types.

- Les conditions générales de vente proprement dites émanent d'un contractant, généralement une grande entreprise ayant une surface économique telle qu'elle est susceptible de les imposer à sa clientèle. Elles constituent réellement le contrat d'adhésion.

Matériellement, les conditions prennent parfois la forme d'une annexe au contrat dont elles règlent les modalités, remis aux contractants, le contrat renvoyant aux conditions par une clause spéciale. Le plus souvent, les conditions de vente ne figurent pas au contrat, diverses modalités, dont les dangers n'échappent pas, sont utilisées : bon de commande rappellant les conditions de l'opération, en totalité ou partiellement, bon de retrait, facture remise postérieu-

---

(7) - André Tunc, L'élaboration des conditions générales de vente sous les auspices de la Commission Economique pour l'Europe, R.I. Dr. Comp., 1960, p. 108.

(8) - Alain Seube, Les conditions générales des contrats, p. 622.

rement à la conclusion du contrat. L'ampleur de l'utilisation pratique des conditions générales de vente est énorme et ne surprend pas car elles répondent au souci d'automatisme et de simplification. Or, la question intéresse peu la doctrine. A vrai dire, peu de litiges ré sultent de cette technique car ses utilisateurs évitent systématique ment tout recours judiciaire au profit de l'arbitrage ou de la transac tion (9). Leur vitalité assure, dans une mesure certes moindre que le contrat type, une uniformisation du droit et garantit, lorsqu'elles émanent de groupements professionnels, les droits des clients. Cepen dant, si la jurisprudence n'était pas venue y mettre bon ordre, dans la majorité des cas leur rôle normatif s'effectuerait aux dépens du plus faible, accentuant le corporatisme des professionnels.

3) Les termes normalisés :

408 Constitutifs d'une variante des contrats types, les mêmes remarques s'appliquant aux termes normalisés. Mais ces termes constituent plus un langage commun qu'un contrat. Les Incoterms de la CCI de 1953 définissent ainsi neuf termes utilisables dans la vente commer ciale (10). L'objectif des Incoterms est "de fournir un ensemble de règles internationales pour l'interprétation des termes principaux utilisés dans les contrats du commerce international, pour l'usage facultatif des hommes d'affaires qui préfèrent la certitude de règles internationales aux incertitudes des interprétations diverses des mêmes termes dans différents pays" (11).

B - Le problème du contrat d'adhésion :

409 Contrats types avec leur variante : les termes normalisés, ainsi que conditions de vente, ont des avantages communs : sécurité juridique, rapidité et simplification, d'autant que leur traitement peut être fait automatiquement. D'un point de vue plus général, ces techniques sont un facteur certain d'unification du droit, de création d'une législation professionnelle. Pour celui qui accepte ces contrats,

(9) - A titre d'exemple : Paris 30 juin 1964, J.C.P. 64 II 14058 ; Georges Berlioz, Le contrat d'adhésion, th., Paris 1973, n° 50.
(10) - FOB, CAF, C et F, FOR - FOT, FAS, à l'usine, frêt ou port payé, Ex ship, à quai.
(11) CCI, Brochure, 166.

ces techniques constituent parfois un contrat d'adhésion.

Le contrôle du contrat d'adhésion a paru si impérieux au législateur italien qu'il a, dans les articles 1341 et 1342 du Code Civil, sévèrement réglementé leur usage. A cet égard, il est intéressant de relever, dans le rapport introductif au code, le passage exposant, en des termes, qui peuvent être repris pour le droit français, les motifs du système : "La matière des négociations contractuelles et celle des contrats d'adhésion est dominée par l'obligation d'un comportement correct et par celle d'agir objectivement en toute bonne foi... Le besoin d'assurer l'uniformité du contenu de tous les rapports de nature identique, pour une détermination plus précise de l'aléa qui y est joint, les difficultés rencontrées dans les négociations avec les clients, et laissées à des agents ou des producteurs qui ne sont pas légitimés à contracter, la nécessité de simplifier l'organisation et la gestion des entreprises, conduisent l'entrepreneur à établir à l'avance des formulaires dont le texte doit être adopté sans hésiter par le client, si celui-ci ne veut pas renoncer à l'affaire. On ne peut juger illégale une telle méthode de conclusion de contrat pour la seule raison qu'elle ne donne pas lieu à des négociations et des débats sur les clauses mais contraint à accepter des parties préétablis. La réalité économique actuelle exige une conclusion rapide des affaires, condition d'une accélération du phénomène de production ; on doit sacrifier à cette exigence le désir d'une liberté de négociation qui entraînerait des obstacles souvent insurmontables. Mais la pratique des contrats d'adhésion a conduit à des abus dans les cas où les normes préétablies contiennent des clauses mettant les clients à la merci de l'entrepreneur".

410 Voici résumé, aussi clairement, le problème du contrat d'adhésion. Nécessaire et n'étant pas, a priori, mauvais, il ne peut être interdit, ce qui serait le moyen d'éviter ses abus. Un contrôle doit donc être prévu. Deux solutions sont concevables, correspondant respectivement à la théorie institutionnelle et à la théorie contractuelle : organiser un contrôle spécifique au contrat ou le placer dans le cadre du droit des obligations.

§ 2 : Justification et nature du contrôle spécifique du contrat d'adhésion :

411 La théorie dite du contrat d'adhésion propose une thèse simple et logique : le contrat d'adhésion est un acte particulier, quasi réglementaire, sui generis. Les sanctions classiques du droit des obligations sont insuffisantes à le contrôler.

A - L'analyse réglementaire :

412 Cette doctrine définit la nature du contrat d'adhésion et en tire toutes conséquences, mais n'est pas à l'abri de critiques. Saleilles, qui a créé l'expression "contrat d'adhésion", évoque "l'adhésion de la volonté à une loi que l'on lui propose" (12) et la "volonté unilatérale qui dicte sa loi" (13). L'emploi du mot loi est significatif ; il n'est pas étonnant que l'idée soit reprise par des publicistes qui, tels Hauriou, Duguit ou d'autres (14), nient le caractère contractuel de l'acte, conçu comme un règlement, un statut auquel l'intéressé ne peut qu'adhérer ou se refuser. L'analyse de cette théorie repose sur une comparaison du règlement et du contrat, l'acte public présentant trois traits apparaissant dans l'acte privé :

1) Le contenu du contrat ou, a fortiori, du contrat type, est l'oeuvre exclusive d'un contractant ou, plus encore, d'un tiers au contrat. La bonne marche de l'entreprise suppose la similitude des contrats courants passés par l'entrepreneur avec tous ses clients. Le contrat permet d'imposer des règles uniformes et présente des avantages tant économiques que juridiques. Saleilles, insistant sur le rôle de la déclaration de volonté, analyse le contrat d'adhésion en une déclaration unilatérale. L'auteur du contrat met simplement comme condition à l'exécution de l'acte, l'adhésion du sujet de droit. L'acte de droit public,

---

(12) - Saleilles, Théorie générale de l'obligation, 3° éd. Paris 1927, 2,336, p. 445.
(13) - Saleilles, Déclaration de volonté, Paris 1901, n° 89, p. 229.
(14) - Hauriou "affaire de Demoiselles du téléphone", S. 1908,3, p. 17 ; Duguit, l'Etat et le droit objectif,1901 , p. 55 ; Emmanuel Gounot, L'autonomie de la volonté, Paris 1912, p. 229 ; Dollat, Les contrats d'adhésion, Paris (1915).

unilatéral, permet à la volonté d'un seul de s'imposer à plusieurs en raison des impératifs de l'intérêt général, correspondant le plus souvent au fonctionnement d'un service public. De façon analogue, le bon fonctionnement de l'entreprise suppose que ce soit l'entrepreneur qui impose son droit, ses conditions correspondant aux exigences précises de l'activité commerciale. Duguit a, notamment, soutenu une thèse analogue : l'individu fondant une entreprise crée un état de fait. Il peut, si son activité correspond aux nécessités sociales, proposer des règles d'organisation et de développement, constitutives d'un droit objectif. L'intérêt général leur donne valeur de loi.

2) De ce premier trait résulte le deuxième : la généralité du contrat d'adhésion. L'acte n'est pas destiné à s'appliquer à une personne déterminée mais à l'ensemble du public ou à une partie de celui-ci. Les clauses contractuelles sont des règles abstraites. Cet aspect est évident dans les conditions générales de vente émanant de grandes entreprises qui les imposent systématiquement par catégorie de marchés. Il l'est bien plus à propos des contrats types et des termes normalisés. Leur caractère réglementaire et abstrait s'accentue puisqu'ils émanent d'organismes extérieurs aux deux contractants. Si le vendeur applique à son client un contrat type, il peut le faire facultativement mais peut, également, y être tenu par une entente interprofessionnelle ; le contrat - règlement existe donc aussi à son égard.

3) Le contrat d'adhésion naît de l'inégalité économique et sociale des contractants ; il en tire sa force obligatoire. Le contractant ne peut que l'accepter ou le refuser. Il n'y a pas contrat puisque le débat préalable n'a pas eu lieu ; l'adhérent est dans une situation de dépendance. M. Weill explique cet aspect en montrant (15) que le contrat d'adhésion est généralement un contrat complexe : l'organisation technique sur laquelle repose l'entreprise rend impossible toute discussion sur le contrat, conçu par l'entrepreneur dans l'intérêt de cette organisation. Le contrat suppose égalité et discussion, dit cette doctrine, or, il n'y a qu'inégalité et rédaction unilatérale. La présentation matérielle des contrats d'adhésion, le plus souvent imprimés et destinés

(15) - Obligations, n° 95.

à un traitement informatique, contribue à l'inertie du contractant puisque, matériellement, la discussion est impossible. De l'idée de disproportion des parties, M. Gaudemet (16) attribue une nature mixte au contrat d'adhésion, par parallèle avec le contrat de travail accompagné d'un règlement intérieur : le contrat tire sa force obligatoire de l'accord de volontés alors que celle du règlement vient de l'autorité du chef d'entreprise.

Les auteurs, suivant cette analyse, en déduisent des conséquences précises quant au régime juridique de cet acte - règlement :

- L'interprétation du contrat d'adhésion doit être identique à celle d'un règlement administratif. Puisqu'il n'y a pas eu commune volonté des parties, l'interprétation ne s'effectue pas selon l'article 1156 du code civil, mais par l'unique référence à la volonté de celui qui a rédigé l'acte, rédacteur qui est posé en véritable législateur.

- La seule recherche de la possibilité de connaissance du contrat par l'adhérent suffit : peu importe que celui qui adhère ait ou non eu connaissance effective des règles du contrat.

B - L'analyse contractuelle :

413 A l'opposé, la doctrine contractuelle (17) nie le caractère réglementaire du contrat d'adhésion et souligne quelques défauts de raisonnement ou quelques conséquences iniques de la première théorie.

1) Le contrat ne suppose pas nécessairement un débat préalable. "Ce n'est peut être pas, dit M. Carbonnier (18), avoir la plus haute idée de la volonté humaine que de la faire consister dans l'hésitation. Le droit du oui ou non est l'essentiel et ce ne serait qu'en apparence

---

(16) - Op. cit., p. 55.
(17) - Weill, op. cit. ; Ripert, règle morale, n° 57 s ; Colin - La Morandière, II n° 805 ; Planiol et Ripert, t. VI, par Esmein, n° 123 ; Beudant, t. VIII par Lagarde, n° 55 ; Demogue, t. II, n° 631 ; Marty et Raynaud, t. II, n° 117.
(18) - N° 17.

un paradoxe de soutenir qu'on veut plus fortement ce qu'on a dû vouloir sans discussion". Rien ne démontre que le débat contractuel fasse triompher le plus faible ou rétablisse l'égalité contractuelle. L'adoption de la thèse du contrat d'adhésion conduit au résultat inique de consacrer la supériorité du plus fort (19) puisque l'interprétation du contrat se fait en sa faveur. L'application souple et juste par le juge de la théorie des vices du consentement permet au contraire d'éviter les injustices au lieu de consacrer juridiquement un état de fait qui peut ne pas être moral.

2) MM. Demogue et Carbonnier notent justement que la rencontre d'intérêts opposés suffit à qualifier l'acte de contrat (20). Si les clauses contractuelles ont l'apparence de règles, c'est-à-dire si elles sont destinées à s'appliquer à un nombre important de situations,il est simpliste d'assimiler ces actes abstraits à des règlements ; il ne s'agit que d'une question de fait dont le droit n'a pas à se préoccuper.

3) Enfin, le contrat ne suppose pas l'égalité économique ou sociale des contractants. "Certes, on le sait bien, l'égalité de droit correspond rarement à l'égalité de fait. Mais l'existence d'une inégalité n'empêche pas qu'il y ait contrat" (21). La puissance économique n'est pas, en elle-même, coupable, seuls ses abus le sont. Le contrat existe dès lors qu'il y a eu échange de consentements. Admettre l'idée de vice permanent affectant le contrat d'adhésion serait dangereux pour le commerce et souvent inique. Comme le remarque le Doyen Ripert (22), si l'ensemble de la doctrine utilise l'expression "contrat d'adhésion" cela est dû à son pittoresque mais l'utilisateur ne lui donne pas un sens juridique particulier. Le contrat d'adhésion, dans son sens original, est une notion dépassée, malgré le récent effort de M. Berlioz pour le renouveler.

Selon l'auteur, le contrat d'adhésion est un acte spécifi-

---

(19) - Weill, n° 98 ; Mazeaud, n° 117.
(20) - Demogue, t. II, p. 631 ; Carbonnier, n° 17.
(21) - Weill, op. cit., n° 98.
(22) - Règle morale, n° 57.

que distinct du contrat par négociation. Il crée des normes bilatérales d'intérêt public. Permettant le fonctionnement de l'entreprise, il autorise la prééminence d'une volonté mais il assure non pas l'intérêt général mais l'intérêt du public. Comme tel, il est bilatéral : deux volontés interviennent dans sa conclusion. Le stipulant en fixe l'économie et l'adhérent place sa confiance dans l'opération proposée qui satisfait un besoin. L'accord de volonté se réalise par cette convergence sans qu'il y ait fusion de deux volontés. Contrat, il se distingue du contrat par négociation par l'absence de débat préalable. L'absence de discussion fait de l'adhésion un acte de confiance et non de volonté.

L'idée est intéressante mais présente un grave défaut : elle ne correspond pas à la jurisprudence qui s'en tient à une stricte analyse contractuelle de l'acte.

SECTION 2 - Le contrôle du contrat d'adhésion par le droit commun des obligations.

414 Choisissant volontairement le contrôle du contrat d'adhésion par les solutions classiques du droit des obligations, le législateur français a évité de créer des textes ou de provoquer une jurisprudence spécifique aux contrats types. Un régime spécial est cependant concevable. Il a ainsi été fait en droit italien dans lequel les articles 1341 et 1342 du code civil imposent l'approbation écrite des principales clauses des conditions et la connaissance expresse du contenu des contrats types (23). De même, l'article 138 BGB dispose : "Est nul tout acte juridique contraire aux bonnes moeurs . Est notamment nul tout acte juridique par lequel une personne -en exploitant

---

(23) - Renzo Morera , Les problèmes de la pratique en droit italien : l'approbation spécifique par écrit des clauses dites vexatoires dans les contrats conclus moyennant formulaire et dans les conditions générales de vente, Rev. Droit et Affaires, n° 172. Doc. 9/70, p. 1.

le besoin, la légèreté ou l'inexpérience d'autrui- se fait promettre ou accorder, soit à elle-même soit à une autre personne, en contrepartie d'une prestation, des avantages patrimoniaux qui excèdent la valeur de cette prestation à un point tel que -compte tenu des circonstances- ces avantages patrimoniaux sont disproportionnés avec la prestation d'une manière choquante". Le juge allemand, en conséquence, suspecte a priori, comme "contraires à la morale" les conditions générales de vente et rend inopérantes les clauses stipulées lorsque leur rédacteur abuse d'un monopole ou d'une situation économique. Le contrat d'adhésion suppose, par ailleurs, le respect des intérêts fondamentaux des deux parties (article 242 BGB) ce qui autorise l'inefficacité des clauses conduisant à des résultats injustes.

Face à la passivité législative, l'attitude du juge français est claire : il refuse de voir, dans le contrat d'adhésion, un acte de nature particulière mais, conscient des dangers de contrainte que l'acte peut susciter, le magistrat conserve envers l'adhérent une attitude bienveillante. Pour cela, il respecte généralement la lettre et le contenu préétablis du contrat, n'intervenant qu'exceptionnellement mais il est très strict quant à la preuve de la régularité de la conclusion contractuelle.

§ 1 : Le contrôle du contenu du contrat d'adhésion :

Le contrôle du contenu du contrat s'effectue de manière générale par le pouvoir d'interprétation du juge mais, aussi, par la création d'une très informelle obligation de mesure imposée à son rédacteur.

A - L'interprétation judiciaire du contrat :

415 La théorie du contrat d'adhésion, partant de l'analyse réglementaire, impose la prise en compte de la seule volonté du stipulant ce qui, moralement, choque. L'article 1156 du code civil, consensualiste, suppose la primauté de l'intention sur la formule. La bonne foi dicte la compréhension du contrat : "L'article 1134 alinéa 3

rejoint l'article 1156" (24). En conséquence, la recherche de la volonté commune a, dans le contrat d'adhésion, deux manifestations très tangibles :

- Si le contrat contient des clauses manuscrites contredisant les clauses imprimées, les premières priment les secondes puisqu'elles reflètent mieux la volonté interne des contractants (25). La clause manuscrite révèle la volonté des parties de déroger à la clause imprimée.

- La clause dite de style, en principe valable, peut être considérée comme inefficace dès lors que son apposition dans l'acte ne résulte pas de la volonté profonde des parties mais n'est que la conséquence d'un phénomène d'imitation purement mécanique (26). Il n'y a là qu'application fidèle de l'interprétation subjective du contrat selon les principes classiques. D'ailleurs, la Cour de Cassation affirme que "toute clause d'un contrat, quoique usuelle ou de style, n'en produit pas moins son effet normal" (27).

Enfin, les tribunaux appliquent l'article 1602 du code civil disposant que "doit s'interpréter contre le vendeur tout acte obscur ou ambigu", exprimant la même idée que l'article 1156 énonçant que "dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté" (28). Une certaine jurisprudence ne voit, il est vrai, dans l'article 1602 du code civil qu'un simple conseil auquel il est possible de déroger (29) mais, par comparaison au principe de l'article 1156 du code civil, il est difficile de critiquer de telles décisions dès lors que la volonté réelle est admise. Dans la matière des contrats d'adhésion, il est indéniable que, le plus souvent, la clause est insérée à l'initiative du vendeur ; il est donc à supposer qu'elle existe dans son intérêt. Si l'obscurité contractuelle apparaît dans une telle clause, l'interprétation doit, évidemment, se faire contre lui (30) puisque "le vendeur est tenu

---

(24) - Carbonnier, n° 68.
(25) - Civ. 31 janvier 1927, S. 27,1,190 ; Civ. 23 juin 1952, S. 53,1,86.
(26) - Lecomte, La clause de style, R.D.C. 1935,305 ; Lyon 2 mars 1968, G.P. 68,2,83 ; J.C.L. civil, article 1156 à 1164, n° 22 et 37.
(27) - Civ. 26 avril 1932, D.H. 1932,315.
(28) Planiol et Ripert, op. cit., t. VI, n° 373 ; t. X, n° 18.
(29) - Mazeaud, t.II, 16° leçon ; Civ.1° 6 oct. 1958, J.C.P. 58 IV,p.159.
(30) - Civ. 1° 20 nov. 1884, D.P. 85,4,319.

d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige" (art. 1602 du code civil). Il est illusoire de vouloir découvrir, dans ce simple réflexe judiciaire en faveur de l'adhérent, un véritable contrôle spécifique du contrat d'adhésion. Il n'y a pas même place pour une interprétation objective du contrat puisque l'article 1602 du code civil est considéré comme facultatif et écarté si la volonté réelle s'y oppose. Tout au plus, le juge évite-t-il de faire de l'adhérent un créancier en distinguant, dans l'article 1162 du code civil, le débiteur et le créancier suivant la clause : celui qui a stipulé est celui qui a eu l'initiative. Cette distorsion n'a pas de raison d'être dans l'article 1602 du code civil puisque le stipulant est généralement celui qui a eu l'initiative, c'est-à-dire le vendeur.

416 Une jurisprudence prétorienne n'aurait, d'ailleurs, que peu d'avenir dans le contrôle du contrat d'adhésion face à l'attitude de la Cour Suprême. M. Léauté (31), étudiant les contrats types, analyse ces actes comme constitutifs d'une véritable législation d'origine privée. Par sa généralité et son caractère obligatoire, par nature ou de facto, le contrat type est une véritable règle : "On passe insensiblement, dit-il, aujourd'hui du droit privé au droit public... il faudrait pouvoir soumettre à des règles de contrôle analogues les deux catégories d'actes", c'est-à-dire, ajoute-t-il, soumettre le contrat d'adhésion au contrôle d'interprétation et de légalité des tribunaux. La Cour de Cassation refuse jusqu'à présent ce contrôle, qui est tout à fait concevable, et casse pour dénaturation les décisions déformant trop ouvertement le contenu de clauses d'adhésion (32). Il est certain qu'au niveau du juge du fond, la réalité des faits conduit le magistrat à une plus grande tolérance envers l'adhérent mais la Cour Suprême sanctionne strictement la dénaturation directe ou par omission (33).

En présence, cependant, d'une clause ambiguë, il n'est pas moins certain que la Cour de Cassation admette aisément la volonté du juge du fond. Elle a ainsi reconnu que le juge du fond pouvait déclarer

(31) Op. cit., p. 429.
(32) Com. 3 mars 1964, D. 64,363.
(33) Civ. 20 juillet 1937, Bull. n° 172, p. 360.

l'absence de portée d'une clause ainsi rédigée : "Arbitrage éventuel : Chambre arbitrale d'Orléans" (34) mais il n'y a pas réellement dénaturation. Tout au plus ressort-il de l'étude de M. Berlioz que la Cour est cependant sujette à imposer son interprétation en matière de contrat type, notamment à l'occasion de termes internationaux normalisés (35), plutôt qu'en ce qui concerne les conditions générales qui ont un caractère "réglementaire" moins marqué.

417 Le contrat type et les conditions générales ne sont pas suspects a priori. L'application des principes de droit commun d'interprétation du contrat doit donc être effectuée. La faveur du juge envers l'adhérent s'exerce, non par la création de règles interprétatives particulières, mais par une certaine sévérité envers le professionnel qui, ayant eu l'occasion de fixer le contenu du contrat dans le sens qui favorise ses intérêts, n'a pas su le faire clairement. Le juge, comme l'indique le code, suspecte la clause vague de dissimuler la volonté de son auteur de profiter de cette indétermination pour imposer sa propre loi. Ainsi, par exemple, la clause de livraison "dès que possible" est-elle interprétée comme ne pouvant conférer au vendeur la faculté de livrer quand il lui plaît (36). De même, le juge tend à voir un cas d'inexistence de la convention dans la clause de fixation du prix au gré du vendeur (37). La spécificité du contrat d'adhésion apparaît mieux dans le second terme du contrôle de son contenu, l'obligation, faite au rédacteur de l'acte, de conserver une certaine prudence.

B - L'obligation de mesure du rédacteur du contrat :

418 Dans une mesure relative, le juge est conduit à contrôler la rédaction du contrat d'adhésion pour imposer la prudence ou, plutôt, limiter l'exagération des clauses au profit d'un contractant abusant de sa supériorité. Cette jurisprudence n'intervient pas systé-

---

(34) - Com. 27 février 1961, Bull. 61,3, 93 ; Berlioz, op. cit., n° 260 et 280.
(35) - Op. cit., n° 280.
(36) - Paris 29 décembre 1960, J.C.P. 61,II,12110.
(37) - Civ. 13 mars 1973, J.C.P. 73,IV,169.

matiquement mais uniquement pour contrôler les cas les plus critiques ; pour cette raison, elle vise surtout les conditions générales de vente d'origine privée car, peu à peu, les contrats types, émanant de groupements extérieurs, admettent le respect des principaux intérêts du client. La création de l'obligation, très informelle,de mesure et d'exécution normale résulte d'une jurisprudence quelquefois dirigiste et prétorienne mais, le plus souvent, neutre.

Le professionnel se voit, peu à peu, appliquer des règles impératives constitutives d'un statut. Il est ainsi tenu d'éviter d'abuser de sa situation à l'occasion d'un contrat d'adhésion et se voit imposer une véritable obligation de renseignement dont le contenu a été précisé. L'intervention dirigiste est, cependant, faible dans la vente commerciale car la liberté du commerce demeure un principe puissant, le législateur ou le juge intervenant plus aisément, de manière positive, en matière sociale,par exemple. Le rôle judiciaire est donc, face au contrat, "neutraliste", pour reprendre les termes de MM. Prelle et Alessi (38). Ces auteurs proposent de résoudre la question du contrat d'adhésion, non dans son ensemble, mais, clause par clause, en faisant une liste des stipulations douteuses, ce qui paraît logique puisque le consentement peut, par ailleurs, être tout à fait valable. Mais, la sanction qu'ils proposent paraît peu concevable : nullité automatique des clauses inégales, la règle étant assouplie dans deux cas :

- Une dérogation à la sanction est concevable si la clause est justifiée par des motifs particuliers à l'opération.

- La clause est valable dès lors qu'elle est approuvée par écrit, par acte séparé. La nullité pure et simple est rigide et dangereuse. Que seraient alors ces motifs particuliers et comment mettre techniquement en oeuvre cette réforme. Par ailleurs, le formalisme de la seconde exception est très lourd. Il faut écarter toute solution automatique et aveugle car le commerce ne peut qu'en pâtir. En réalité, ces propositions partent toutes d'une suspicion envers le contrat d'adhésion qui est, pourtant, un excellent instrument commercial.

---

(38) Les contrats d'adhésion et la défense du consommateur, G.P. 8 novembre 1973, p. 716.

419 Le juge français l'a compris qui ne fait que sanctionner les abus les plus flagrants, ôtant toute efficacité à la clause dès lors qu'elle est inégale, sans la condamner objectivement. Un rappel jurisprudentiel le démontre à l'évidence :

- Le juge prive pratiquement de tout effet les clauses élisives ou limitatives de responsabilité édictées par un professionnel, stipulations systématiques dans les contrats d'adhésion, généralement dissimulées dans le contrat ou présentées comme avantageuses, les clauses d'exonération de responsabilité sont, parfois, purement et simplement présentées comme telles. La jurisprudence les interprète restrictivement car elles diminuent ou suppriment la garantie légale et, en matière de vices cachés, leur ôte pratiquement tout effet lorsqu'elles émanent d'un professionnel (39).

- Les clauses de juridiction, contenues dans toutes conditions générales, sont totalement écartées lorsqu'elles figurent dans le contrat en termes voilés ou peu nets : "Les clauses attributives de compétence ne peuvent produire effet que si elles sont nettes et précises" (40).

- Les stipulations qui laissent le vendeur libre de déterminer arbitrairement les conditions du contrat, surtout à une période post-contractuelle, sont déviées du sens que leur donne leur auteur. La règle s'applique qu'il s'agisse de la fixation du prix, de la nature de la marchandise, des conditions de livraison ou des délais de paiement (41).

420 De son côté, le législateur ne reste pas insensible à la situation d'infériorité du contractant. Trois exemples le démontrent :

- La clause pénale fixe les dommages - intérêts dus pour retard ou défaut de délivrance. Par la contrainte économique, il est aisé à un contractant d'exiger de son débiteur des sommes exorbitantes sous le

---

(39) - Paul Durand, Des conventions d'irresponsabilité, Paris 1934, p. 34 ; cf. notamment : Trib. Paix Nice Centre 23 octobre 1957, J.C.P. 58 II 10525, note Joly.

(40) - Civ. 29 novembre 1956, D. 57, Som. 99.

(41) - Mazeaud, tome III, n° 865 (prix) ; n° 844 (nature de la chose) ; n° 932 (délivrance) ; n° 997 s. (paiement).

couvert d'une clause pénale, lors de la conclusion du contrat. La loi du 9 juillet 1975, venant couronner une longue évolution jurisprudentielle (42), en modifiant les articles 1152 et 1231 du code civil, décide que "le juge peut modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite".

- Une loi du 14 octobre 1943 limite à 10 ans la durée maximale de validité de toute clause d'exclusivité dans les contrats d'achat, de cession et de location de biens meubles (art. 1), règle que la jurisprudence interprète restrictivement (43).

- L'article 46 du nouveau code de procédure civile, applicable à compter du 1° janvier 1976, offre au demandeur en justice la possibilité de saisir à son choix, en matière contractuelle, outre la juridiction du lieu où demeure le défendeur, celle du lieu de la livraison effective de la chose ou du lieu de l'exécution de la prestation de service. L'article 48 du même code réputé non écrite la clause dérogeant à ces règles de compétence territoriale, admettant sa validité, l'exception est particulièrement remarquable, à l'appui de cette étude, entre personnes ayant contracté en qualité de commerçants à condition qu'elle ait été spécifiée "de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée".

A l'inverse, il a fallu tous les efforts de la jurisprudence pour limiter les conséquences de l'autorisation légale de l'article 1643 du code civil d'insérer, dans un contrat, une clause élisive de responsabilité. Qu'il s'agisse de l'interprétation du contrat ou, dans une mesure moindre, des limites aux abus du contractant le plus fort, le législateur ni le juge n'ont véritablement instauré un contrôle général spécifique du contenu du contrat d'adhésion. Le contrat, dès lors qu'il est voulu, reste, dans la tradition française, la chose des parties. Le contenu ne peut être contrôlé que par une attitude favorable du juge, parfois excessive, qui n'est pas propre au contrat d'adhésion mais s'attache plutôt à sa cause : l'abus.

---

(42) - J.O. 10 juil. p. 7076, Jurisprudence au J.C.L. civ., art. 1146 à 1155.

(43) - Cass. Com. 20 décembre 1960, G.P. 61,1,355.

L'obligation de mesure imposée au professionnel est applicable à des hypothèses somme toute limitées. Elle est également vague dans l'esprit du juge qui se réfère souvent aux "obligations essentielles" du stipulant ou à l'exigence de "l'exécution normale" du contrat (44). Le magistrat, réticent à synthétiser ces techniques, est plus exigeant en ce qui concerne la régularité de la formation du contrat, la preuve du consentement libre de l'adhérent, face à la contrainte éventuelle exercée lors de la conclusion de l'acte.

§ 2 : Le contrôle de la formation du contrat d'adhésion :

421 Si le contenu du contrat d'adhésion n'est limité que par une jurisprudence dispersée, le magistrat, dans le contrôle de la formation de l'acte, adopte une position de principe très générale : le consentement émis à l'acte doit être exempt de fraude et, surtout, d'erreur. Le juge est donc strict quant à la connaissance par l'adhérent des conditions de la vente et quant à son acceptation desdites conditions. La solution est à l'inverse du droit allemand protecteur du fabricant car le droit français voit systématiquement en l'acheteur une victime digne de protection (45). L'évolution contraire des législations et des jurisprudences tient à l'usage intensif, Outre Rhin, de conditions générales de vente types dont le contenu s'est, peu à peu, moralisé et normalisé (46). Au contraire, "le juge français va disposer d'une grande liberté en se montrant exigeant sur la preuve de ce que le contractant a connu et accepté les conditions générales. C'est à celui qui invoque les conditions de les prouver" (47).

---

(44) - Respectivement : Paris 22° Ch. 18 novembre 1971, D. 72 Som. 128 (fabricant automobile) ; Paris 13 novembre 1970, R.D.C. 71, p. 431 obs. J. Hémard.

(45) - Querenet et Garcin, Les législations de la vente dans les pays du Marché Commun et leurs conséquences économiques, G.P. 1963, 2, Doct. 60.

(46) - Barfuss, Die Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in dem Vertrag nach französischen Recht, in Recht der Internationalen Wirtschaft, juin 1975, p. 319 et Schröder, Der Contrat d'adhésion und der Schutz der Adherenten, Göttingen 1967.

(47) - Jacques Mauro, Les conditions générales des contrats en France, G.P. 1975,2, doct. 512. ; Il est plus exact de parler du contrôle des clauses d'adhésion que du contrat d'adhésion dans son ensemble.

A - L'exigence de la connaissance du contrat d'adhésion par l'adhérent :

422 - Les dispositions d'un contrat type ne s'imposent pas à l'adhérent si elles ne lui ont pas été communiquées. La pratique dégage deux catégories principales de situations de fait.

1) La connaissance des clauses non reproduites dans le contrat de vente :

423 - Dans une première série d'hypothèses, les clauses sont incluses au contrat par simple référence. Le bon de commande peut ainsi renvoyer à des conditions générales de vente de l'entreprise. Le juge admet la validité de cette pratique dès lors que la connaissance du contractant est réelle. Cette exigence est très stricte si la vente a lieu entre un professionnel et un profane : la confiance légitime placée par ce dernier ainsi que la disproportion économique des contractants en est la raison et il appartient au stipulant de faire la preuve de cette connaissance effective. Entre professionnels, certaines circonstances peuvent permettre de présumer, de manière exceptionnelle, la connaissance des clauses incluses par référence. Il en est ainsi des relations d'affaires habituelles. Tel client, qui traite habituellement avec l'entreprise, ne peut prétendre ignorer ses conditions générales (48).

Cette exception ne s'applique pas en sens inverse : ainsi, la jurisprudence refuse-t-elle toujours de considérer que l'usage répété par une entreprise de ses conditions crée une présomption de connaissance envers un client nouveau (49). Dans ces décisions, il n'y a qu'application normale du droit des contrats. Il ne saurait donc étonner qu'a fortiori, la clause d'adhésion ne puisse être portée à la connaissance des adhérents par voie d'affiches (50). Mais, il n'est pas question de condamner l'usage des conditions générales auquel doit

(48) Aix 15 mars 1900, Rec. Marseille 1900,1,105 ; Montpellier 21 mars 1921, Mon. Jud. Midi, 1921,4,24 et J.C.I. com., ventes commerciales, fasc. V, n° 43 et s.
(49) T. com. Versailles 15 janvier 1969, G.P. 69,1,157.
(50) Carbonnier, op. cit.

beaucoup le commerce : la référence n'est condamnable que dès lors qu'elle atteint la bonne foi imposée par l'article 1135 du code civil aux suites du contrat. Plus que la connaissance des dispositions litigieuses, c'est sa possibilité qui importe en jurisprudence. Ainsi s'expliquent les décisions que certains considèrent comme faisant échec aux principes classiques (51) mais qui y sont, en réalité, conformes.

Dans une seconde série d'hypothèses, ce n'est que postérieurement à la conclusion du contrat que ses conditions d'exécution apparaissent expressément dans des documents divers tels que factures, bons, reçus... Or, il est certain que l'attention du contractant se porte principalement sur les conditions du contrat débattues lors de sa conclusion et non sur les documents ultérieurs. Le juge, comme précédemment, impose au stipulant de telles clauses de démontrer la connaissance et l'acceptation de l'adhérent puisque c'est le consentement qui fonde le contrat (52) ; le contractant est donc en droit de contester l'application par le vendeur de stipulations apparues postérieurement au contrat (53). Mais, la question est ici celle de la connaissance des conditions du contrat et non de leur acceptation (entre professionnels, on le verra, le juge accorde une grande place au consentement tacite donné par l'adhérent).

M. Berlioz pense que le juge du fond utilise cette exigence de la connaissance de la clause, lors de la conclusion du contrat, pour rejeter, en fait, des stipulations qui ne lui paraissent pas équitables (54). Ainsi, y aurait-il acceptation lorsque les clauses insérées dans les billets ou reçus sont légitimes et courantes ou, a fortiori, d'application générale. Par contre, l'absence d'acceptation pourrait être invoquée pour faire échec à une clause dangereuse pour l'adhérent. L'ennui est que la faiblesse de la jurisprudence, due à la fuite des professionnels du commerce et de l'industrie devant les

---

(51) - Civ. 25 juillet 1898, S. 1899,1.74 (application d'une stipulation de non responsabilité à un illettré auquel le sens n'en avait pas été expliqué).
(52) - Ex : Civ. 1° 2 avril 1971, D. 72, Som. 4 ; Civ. 1° 28 novembre 1966, D. 67,99.
(53) - J.C.L. com., fasc. V, fasc. préc., n° 64.
(54) - Op. cit., n° 113.

recours juridictionnels, ne permet pas de savoir si cette tendance, révélée par les espèces citées, est un comportement systématique. La création par la jurisprudence et la loi d'un formalisme contractuel paraît, par contre, plus certain.

2) L'exigence d'un certain formalisme :

424 L'exigence de formes précises du contrat ou de sa formation a, pour l'adhérent, l'avantage de la certitude et d'une relative stabilité. Le formalisme du contrat d'adhésion n'a rien d'institutionnel, il apparaît à quelques points de vue :

- L'article 37 - 2° de la loi du 27 décembre 1973,dite loi Royer,impose à tout producteur de communiquer à tout revendeur qui en fait la demande son barème de prix et ses conditions de vente.

- Les clauses minuscules et difficiles à lire ou à déchiffrer sont privées d'effet. La jurisprudence s'apparente à la loi du 13 juillet 1930 prévoyant que les polices d'assurance doivent être rédigées en caractères apparents ou même à la loi du 31 décembre 1975 interdisant, dans les bons de garantie, l'emploi de termes étrangers. Le juge écarte la clause lorsqu'elle n'apparaît pas suffisamment clairement sur l'imprimé (55) et agit de même lorsque la stipulation est dissimulée au verso du document (56). L'exigence de la connaissance effective du contrat conduit à cette solution d'autant plus équitable que la forme imprimée des conditions conduit, souvent, à une certaine inertie du contractant, non professionnel, qui ne les lit pas.

- L'expression "clauses de style" est partiellement née de cette habitude. Or, la jurisprudence admet cette espèce de formalisme lorsqu'elle répond aux exigences de la convention. En d'autres termes, la clause est valable dès lors qu'elle peut avoir été lue et connue (57) mais, dès que sa validité est reconnue, elle acquiert, par sa généralité,

(55) - Agen 2 janvier 1925, Gaz. Trib., 17 mai 1925, R.C.Civ. 1925,644, obs. Japiot ; T. com. Lyon 15 mai 1957, Gaz. Jud. Com. Lyon., 4 oct. 1957.
(56) Civ. 1° 28 avril 1971, I.C.P. 72 II 17280.
(57) - Notamment Del Marmol, chron. préc., p. 313.

une certitude qui, finalement, profite à l'adhérent.

Ce formalisme est, en réalité, lui aussi limité et ne peut être comparé au droit italien exigeant pour leur validité, la forme écrite des principales clauses des conditions générales de vente et des contrats types. Le choix français, qui écarte la lourdeur d'une telle procédure, contribue à l'organisation d'un contrôle satisfaisant de ce premier élément du consentement. Qu'en est-il du second, l'acceptation du contrat ?

B - L'exigence de l'acceptation du contrat d'adhésion par l'adhérent :

425 Il peut paraître artificiel de séparer connaissance et acceptation des conditions de l'acte dans la mesure où, généralement, le juge déduit la seconde de la première. Cependant, fréquemment, la jurisprudence effectue cette distinction dans le contrat d'adhésion pour en renforcer le contrôle : il existe bien un contrôle propre de l'acceptation apparaissant à trois niveaux :

1) La reconnaissance de la manifestation expresse du refus :

426 Bien évidemment, le juge reconnaît la valeur du refus exprès d'adhérer aux conditions du contrat. Ce principe, éminemment consensuel, a reçu application au cas particulier de la contradiction des conditions de vente. Le problème apparaît dans les relations entre professionnels, usant chacun de conditions différentes. Ainsi, par exemple, le client adresse un bon de commande comportant ses propres conditions à un fournisseur qui répond par une lettre de réception sur laquelle sont imprimées ses conditions qui contredisent, totalement ou partiellement, les premières. Le juge édicte une règle propre aux contrats d'adhésion en décidant de ramener les parties, pour le problème juridique qui les concerne, au droit commun des obligations (58). L'idée de sanction n'est pas absente de cette jurisprudence expéditive.

(58) - Paris 3 décembre 1943, S. Tables 41,45, V° vente de marchandises n° 4 (pour une clause attributive de compétence).

2) Les hypothèses d'acceptation présumée de l'adhérent :

427 Présumer l'acceptation de l'adhérent paraît dangereux si le contrat d'adhésion reste analysé comme un contrat. Il ne peut en être ainsi que dans la mesure où le contractant visé est tenu, par sa situation, à une vigilance particulière. Le professionel paraissait, aux yeux du juge, tout indiqué pour se voir appliquer cette présomption, à deux points de vue :

La jurisprudence décide, tout d'abord, que le silence gardé après réception d'une lettre contenant une proposition vaut acceptation entre personnes qui sont en relations d'affaires suivies (59). Pourauivant cette voie, le juge ajoute que l'absence de protestation contre les énonciations d'une facture en ce qui concerne le prix comporte acceptation de ce prix et reconnaissance de sa conformité avec le marché (60). De façon générale, le défaut de protestation aux conditions d'une proposition contenue dans un catalogue, une lettre de confirmation... etc... pendant un certain délai, variable selon les circonstances, vaut acceptation des conditions. Par contre, la clause selon laquelle le silence gardé pendant un temps fixé vaudra acceptation semble peu valable, sous réserve d'ailleurs qu'elle ne tombe pas sous le coup du délit d'envoi forcé.

Parfois, le rédacteur des conditions générales de vente ou du contrat type assure reprendre, dans la rédaction, un usage commercial et prétend que l'adhérent, qui ne les aurait pas même connues, les aurait acceptées ou, plutôt, se les verrait imposer comme n'importe quel usage. En dehors du cas des relations d'affaires ou de connaissance prouvée, le particulier ne peut se voir opposer le contrat d'adhésion qu'il n'accepte pas, même si celui-ci est déposé au greffe du Tribunal de Commerce (61). L'usage n'est valable qu'entre professionnels (62). Entre eux, la situation diffère : les conditions générales de vente adoptées par un organisme professionnel ne s'imposent aux contrac-

(59) - Douai 10 novembre 1949, G.P. 49,2, Som. 34.
(60) - Montpellier 19 octobre 1927, Mon. Jud. Midi, 1° février 1928.
(61) - Com. 18 janvier 1972, D. 72 Som. 104 ; Paris 30 juin 1964, J.C.P. 65 II 14058 et note.
(62) - Cass. 25 janvier 1972, D. 72,J. 423.

tants passant un marché qu'autant qu'il est prouvé qu'elles avaient force d'usage ou qu'il est établi qu'elles avaient été au moins tacitement acceptées (63). Mais, les conditions sont toujours opposables à la société rattachée à ce groupement (64). Cette jurisprudence s'est notamment développée à propos du contrat d'adhésion, sans lui être spécifique.

3) Le contrôle renforcé de l'acceptation de certaines clauses :

428 Le juge a pris prétexte de l'exigence de la certitude du consentement pour contrôler certaines clauses disproportionnées ou apparaissant comme exprimant la volonté exclusive du stipulant. Si le contrôle du juge sur, notamment, les clauses de responsabilité porte directement sur leur contenu, par contre, ce que la pratique nomme les "clauses juridiques" est contrôlé indirectement par l'exigence d'une acceptation renforcée. L'illustration peut en être fournie par l'exemple de deux stipulations fréquentes :

- La jurisprudence, appréciant les clauses de juridiction, distingue connaissance et acceptation (65). Elles sont dangereuses, parfois, en ce qu'elles diminuent considérablement les chances pratiques de recours judiciaire, aussi, l'acceptation de l'adhérent doit-elle être expresse ou le stipulant doit-il attirer spécialement son attention sur la clause. "Il ne résulte pas des circonstances de la cause, peut-on relever (66), dans une décision, que la clause attributive de compétence ait été acceptée ne serait-ce que tacitement par le client qui ne saurait être considéré comme y ayant adhéré par le fait qu'il n'a ni protesté, ni émis de réserves".

- non moins fréquentes sont les clauses d'arbitrage ; leur validité

---

(63) - Paris 30 juin 1964, J.C.P. 65 II 14058.
(64) - Note au J.C.P. 65 II 14058 et J.C.L. com, ventes commerciales, fasc. V, n° 24 à 72.
(65) - Berlioz, n° 135 et l'intéressante espèce citée.
(66) - Paris 11 octobre 1965, D. 66, Som. 62.

de principe explique la faiblesse de la jurisprudence, mais elles permettent d'échapper à l'attitude parfois trop sévère du juge envers le stipulant. Le consentement à la clause doit être exprès et non équivoque. Le simple fait de signer un accusé de réception sans recourir à la faculté, accordée par le vendeur, de rayer, dans les conditions fixées, la clause compromissoire ne peut entraîner l'application générale de la stipulation à toutes les rélations juridiques entre les contractants (67)."

429 La conclusion de l'ensemble de cette jurisprudence et des quelques manifestations législatives relatives au contrôle de la contrainte exercée par le contrat d'adhésion est à laisser à la clairvoyance du Doyen Ripert qui déclarait (68) : "Dans ces prétendus contrats d'adhésion, ce n'est pas toujours l'adhérent qui est vaincu d'avance. Mais il peut l'être, il l'est souvent et c'est ce qui doit attirer l'attention du juriste. Sans doute, la faiblesse est coupable de vouloir faire commerce avec la force... Il ne saurait plus alors être question d'une défaveur jetée en bloc sur tous les contrats d'adhésion". Le rejet d'un contrôle général spécifique au contrat d'adhésion et volontaire est d'autant plus nécessaire dans la vie des affaires. Le législateur ou le juge ne veulent pas,d'une part,suspecter a priori le contrat d'adhésion dont les mérites sont, certainement, reconnus . La doctrine souligne, d'autre part, avec raison, l'influence positive de la théorie du contrat d'adhésion sur la jurisprudence qui a accepté de déformer légèrement les principes classiques en faveur de l'adhérent dès lors qu'un abus était constaté, sans pour autant cesser de les appliquer (69).

430 La jurisprudence tient compte de l'attitude de l'adhérent pour admettre ou refuser sa faiblesse. Aussi, comme pour toute forme de contrainte, n'est-il pas plus judicieux de savoir l'affronter ? Cela revient pour les adhérents à se regrouper en associations ou en

(67) - T.G.I. Paris 26 janvier 1972, J.C.P. 72 II 17043, note PL.
(68) - Règle morale, n° 58,59.
(69) - Flour et Aubert, Obligations, n° 186 187.

groupements professionnels de taille à faire face à l'économie du vendeur. Cette action va nécessairement de pair avec une éducation plus générale du contractant sur ses droits et sur les obligations de l'auteur de l'acte. Car, là se trouve réellement le vice de la théorie du contrat d'adhésion. L'acte en lui-même est neutre, il convient donc de s'attaquer, plutôt qu'à son expression, à la cause de la contrainte : l'abus de situation qui l'a permis. L'intervention du législateur se conçoit mieux sur ce plan et répond spécifiquement aux exigences commerciales.

TITRE II - LA SANCTION SPECIFIQUE DES FORMES PARTICULIERES DE CONTRAINTE.

431 Si le commerce ne va pas sans un certain art de tromperie que tolèrent la loi et la jurisprudence, il n'est pas, non plus, exempt d'une certaine agressivité se traduisant par une contrainte, dans l'esprit du public. La violence pure, au sens de l'article 1112 du code civil, ainsi que celle exercée par le contrat d'adhésion, sont des hypothèses tangibles de cette agressivité. Le législateur n'ignore pas l'inadaptation de la sanction prévue, dans ces situations, à une forme courante de violence des affaires, plus normalisée, voire admise.

L'agressivité doit être tolérée lorsqu'elle présente des aspects dynamiques et positifs : elle est le moteur de l'activité commerciale. Rallier et conserver la clientèle, en situation concurrentielle, suppose de peser sur la volonté individuelle. Mais, l'objectif premier du commerçant, la vente, exige le respect de la liberté individuelle. Le législateur l'a compris et, tout en laissant au professionnel du commerce l'initiative du déroulement des opérations contractuelles, sanctionne toute action créant une atteinte certaine à l'intégrité du consentement. Pour déterminer le niveau de la violence illicite, le législateur vise deux séries d'hypothèses, selon que le danger prend une forme active ou passive.

Au premier cas, la contrainte exercée résulte d'une démarche positive, d'un excès de sollicitation (1) auprès du public; elle paraît très extériorisée (chapitre 1°). Elle est,cependant,moins dangereuse que la seconde situation : l'abus de situation dans la fixation des conditions du contrat. Cet abus résulte d'une attitude passive, discrète,mais infiniment plus efficace (chapitre 2).

---

(1) - Gérard Cas, La défense du consommateur, Paris 1975, p. 37.

CHAPITRE I - LA SANCTION DES DEMARCHES AGRESSIVES A L'ACHAT.

432 Le commerçant exerce sur l'acquéreur une pression telle que ledit contractant court le danger d'acquérir un bien sans en avoir la nécessité ou à des conditions défavorables mais, cependant, insuffisantes pour être sanctionnées par le droit dit classique. La tâche du législateur n'est pas aisée car il est délicat de fixer le premier seuil de la contrainte, son niveau minimal. Aussi, plutôt que de créer un vice de violence propre aux affaires, de portée générale, agit-il de façon ponctuelle : il n'y a pas une mais plusieurs violences illicites.

Son action n'a de sens que si elle atteint une grande variété d'actes, le législateur s'y est attaché en considérant le lieu où s'exerce l'agressivité : soit par correspondance (section 1), soit à domicile (section 2), soit, enfin, dans la rue ou dans des conditions inhabituelles au commerce (section 3). La philosophie générale de cette triple action est, certes, la protection du consentement de l'acquéreur, mais, le fondement précis de chaque intervention est à déterminer.

SECTION 1 - Les démarches agressives par correspondance.

433 En soi, le principe de la vente par correspondance n'est pas condamnable. Le recours à cette technique permet au contraire, souvent, de renforcer l'obligation de conformité qui incombe au vendeur, notamment lorsque le contrat est préparé par l'envoi d'un catalogue (2). L'audience de cette pratique auprès du public est telle

---

(2) - Supra n° 142.

que, le progrès des transports aidant, son développement est rapide (3). La jurisprudence, en l'absence de législation particulière, refuse d'y voir autre chose qu'un contrat classique : l'acheteur qui se sent contraint à la vente, agressé, peut invoquer, outre les principes classiques de la vente commerciale, tenant aux obligations de délivrance et de garantie du vendeur, les règles particulières au contrat d'adhésion, si le contrat de vente par correspondance prend cette forme.

Le mécanisme de cette vente comporte une première phase de contact avec le client consistant dans l'envoi de prospectus ou de catalogues. A ce stade, la vente par correspondance comporte parfois un caractère agressif si marqué que le juge la contrôle sévèrement. En dehors des éventuelles sanctions de l'escroquerie, le vendeur abusif encourt celles de la publicité mensongère, de la publicité illicite ou de la réglementation des jeux et concours (4). En fait, il ne faut pas se faire beaucoup d'illusions sur l'efficacité de ce premier contrôle, l'impunité actuelle d'agissements délictueux étant pourtant choquante. Cependant, constitutive d'une vente au détail, elle peut atteindre gravement la vie privée ou familiale, justifiant une jurisprudence parfois extensive. Ainsi, par exemple, la Cour de Cassation donne-t-elle à l'interdiction de la publicité des boissons du 5° groupe un sens si large qu'elle interdit la vente par correspondance de tels produits. Ainsi, également, assimile-t-elle de simples bons de commande envoyés par poste, à des prospectus publicitaires (5). L'hypothèse est certes marginale mais peut-on reprocher au juge son intervention limitée alors que les textes sont eux-mêmes inexistants ?

Il n'y a d'ailleurs pas lieu de parler de lacune législative car les abus sont rares : la profession moralise elle-même, peu à peu, cette pratique en reconnaissant, notamment, un droit de repentir à l'acquéreur trop empressé ou déçu. Aussi, le législateur a-t-il jugé bon de n'intervenir que dans une hypothèse d'agressivité particulièrement flagrante : l'envoi forcé.

---

(3) - Gaulthier, fasc. préc., n° 2 s.
(4) - Ex : Crim. 1° février 1968, D. 68, J. 451, note J.C. Fourgoux.
(5) - Crim. 25 mars 1971, D. 71, 433, note F. Lepointe et Gaultier, préc. n° 161, 162.

§ 1 : Le sens de l'interdiction de l'envoi forcé :

434 L'envoi forcé consiste à envoyer, souvent contre remboursement, un objet que le client peut accepter ou refuser en le renvoyant après essai. Il est tentant, pour le vendeur, de forcer l'acceptation du client, sans l'attendre passivement : par le canal de la poste, il pénètre aisément chaque foyer. Le mécanisme de ce procédé de vente consiste à spéculer sur la faiblesse ou la négligence du destinataire (6). C'est un aspect de la liberté du consentement qui est ainsi atteint par ce qui constitue l'exemple même de la vente agressive, au sens où le définit très exactement le Dictionnaire Permanent du droit des affaires (7) : "Ce sont des ventes entourées de procédés de pression forçant le consentement de l'acheteur sans pour autant le vicier au sens juridique du terme". Face à l'inadaptation de la théorie des vices du consentement à la situation, et en l'absence d'incriminations spécifiques, les abus se sont considérablement développés, parallèlement à l'extension de la vente par correspondance, notamment dans certains domaines, tels ceux des livres ou des produits de beauté. L'option théoriquement laissée à l'acquéreur à qui le vendeur impose l'initiative de la poursuite des négociations, apparemment libérale, explique qu'il ait fallu attendre, face aux abus, 1961 pour qu'un texte pénal sanctionne spécifiquement cette pratique. Cette nouvelle manifestation de la "pénalisation" du droit de la vente ne traduit-elle pas un certain constat d'échec du droit privé ?

435 Le décret du 9 février 1961 qui introduit, dans le code pénal, un article R 40 - 12° punit (8) "ceux qui auront fait parvenir à un destinataire, sans démarche préalable de celui-ci, un objet quelconque accompagné d'une correspondance indiquant qu'il peut être accepté par lui contre versement d'un prix fixé ou renvoyé à son expéditeur, même si ce renvoi peut être fait sans frais par le destinataire". L'ob-

---

(6) - Obs. Gaultier, fasc. préc., n° 1.
(7) - V° Vente commerciale, n° 83.
(8) - 10 jours à 1 mois d'emprisonnement et 600 à 1.000 F. d'amende ou l'une seulement de ces deux peines.

jectif législatif est bien celui de la protection du consentement du client sur l'inertie duquel compte le vendeur. M. Guérin, à l'occasion d'une décision de la Cour de Paris (9), relève, ainsi, que "certes, le dérangement que crée cet envoi forcé ne serait pas, en soi, très gênant mais, s'il est trop souvent répété, il s'ajoute au cortège des soucis et des agacements quotidiens de la vie moderne". Complémentairement, l'ordre public et les bonnes moeurs ont imposé l'édiction d'un article R 38 - 10° du code pénal réprimant, de sanctions plus élevées, l'envoi d'objets contraires à la décence. Certes, à long terme, le contrôle des envois forcés assainit le commerce, notamment la pratique de la vente par correspondance, mais la compréhension jurisprudentielle des éléments constitutifs de l'infraction souligne le souci de protéger l'acheteur.

§ 1 : Les conditions de la sanction de l'envoi forcé :

La réunion de trois éléments est nécessaire pour constituer la contravention de l'article R 40 - 12°.

A - L'absence de démarche préalable :

436 Il s'agit là de l'expression du besoin de protection individuelle d'ordre privé , mais aussi d'ordre public, du citoyen contre le commerce envahissant : on ne peut obliger une personne à renvoyer sans cesse des objets non commandés. Est licite le fait de subordonner l'envoi de l'objet à une demande préalable du client qui découpe un bon dans un journal et l'envoie au commerçant. La jurisprudence apprécie sévèrement cette condition. Ainsi, lorsque la demande vise l'envoi d'échantillons, l'infraction est elle constituée lorsqu'après les échantillons, le vendeur envoie le produit, lui-même, sans qu'une nouvelle

(9) - Note sous Paris 27 octobre 1965, J.C.P. 66 II 14662, note H. Guérin.

demande du client ait été exprimée (10).

Par contre, le caractère spontané de l'envoi n'est pas établi lorsque les circonstances de l'espèce laissent supposer que la vente a été préalablement conclue ou envisagée avant l'envoi. Le Tribunal de Police de Carvin a fait application de ce principe à un envoi précédé d'une visite du vendeur au client (11). Cette décision isolée est extrême et n'est pas à l'abri de critiques : quelles circonstances indiquent que, lors de la visite du vendeur, le client potentiel ait accepté l'envoi ? Par contre, une exception raisonnable à cette première condition doit pouvoir résulter de l'existence de relations d'affaires entre le vendeur et le client, le rapport d'affaires faisant présumer l'accord tacite. Le juge se montre généralement moins laxiste, attitude plus nette dans l'appréciation des autres conditions de l'infraction.

B - L'envoi d'un objet quelconque :

437 L'envoi peut concerner n'importe quel objet ou marchandise. La jurisprudence est d'une particulière sévérité, admettant l'infraction par l'envoi d'une carte d'adhérent à une association (12), d'une carte d'abonnement à une publication (13), d'une cure d'amaigrissement (14)...

C - L'existence d'une correspondance annexe indiquant que l'objet doit être payé ou renvoyé :

438 L'envoi de cadeaux, même à des fins publicitaires, n'est pas prohibé par l'article R 40 - 12°. L'envoi doit s'accompagner d'une correspondance caractérisée en deux endroits :

1) La forme de la correspondance importe peu, dès lors qu'elle est

---

(10) - Paris 28 novembre 1971, D. 72,15, note D.S. et sur pourvoi (rejet) Crim. 25 octobre 1972, D. 73,27 - J.C.P. 73,2,17308, note H. Guérin - R.D.C. 73, p. 139, obs. Douzat - G.P. 73,1,106 ; Bull. crim., n° 316.
(11) - 8 février 1965 et commentaires, R.D.C. 66,381,n° 9.
(12) - Paris 27 octobre 1965, préc.
(13) - Crim. 14 avril 1972, D. 72,478.
(14) - Crim. 25 octobre 1972, préc.

annexe à l'envoi spontané. Il suffit qu'elle ait été envoyée avant ou au moment de l'envoi de l'objet (15). Il a été jugé que l'infraction n'était pas constituée en l'absence de correspondance, solution qui n'échappe pas à la critique car le destinataire peut payer l'objet, craignant d'être poursuivi s'il ne le fait pas. Or, le décret du 9 février 1961 veut répondre à cette crainte. C'est donc à tort qu'une décision donne au mot "accompagner" un sens restrictif, relaxant le prévenu au motif que la correspondance n'est pas remise en même temps que le produit (16). Accompagner doit s'entendre au sens d'ajouter, sinon la prohibition légale peut trop aisément être tournée.

Mais, une certaine connexité doit exister entre l'envoi spontané et la correspondance. La décision de la Chambre criminelle de la Cour de Cassation du 25 octobre 1972 (17) souligne, clairement, cette exigence : constitue l'envoi forcé le fait pour un commerçant d'offrir, par voie de presse, l'envoi gratuit d'un échantillon pour une cure d'amaigrissement à toute personne lui transmettant un imprimé publicitaire, avec nom et adresse, et d'annoncer par lettre à l'intéressé l'envoi, sous huitaine et contre remboursement, du coffret de cure complète avec une carte-réponse permettant au destinataire de faire connaître qu'il ne désire pas suivre le traitement alors qu'un "lien intellectuel et logique" unissant, au cours d'une opération unique, l'expédition de la lettre et celle des colis, la correspondance accompagnait l'envoi du coffret transmis sans demande préalable et que le refus de payer le montant du remboursement équivalait à un renvoi à l'expéditeur.

2) Le décret exige, ensuite, que la correspondance laisse au destinataire une option : payer l'objet ou le retourner. Le mécanisme de l'envoi forcé repose, en effet, sur l'inertie du client qui ne renvoie pas l'objet. "La réussite, dit la Cour de Paris (18), repose, dans la la généralité des cas, sur la négligence ou l'indifférence du client, à son peu d'empressement à s'embarasser de l'envoi d'une réponse, sur-

---

(15) - Paris 15 décembre 1965, J.C.P. 66 II 14662, note Henri Guérin.
(16) - Paris 27 octobre 1965, préc.
(17) - D. 73, J. 27, également : Paris 26 novembre 1971, préc.
(18) - Paris 26 novembre 1971, préc.

tout quand elle doit être négative". Peu importe que le destinataire ait la faculté de refuser le colis et qu'en définitive, la réexpédition soit, en pareil cas, assurée par le service des Postes à la requête de l'expéditeur, précise le même arrêt. Certes, en cas d'envoi contre remboursement, il n'y a pas livraison lorsque le destinataire n'accepte pas la marchandise mais la théorie ne tient pas compte de la lassitude du destinataire qui, confondant la lettre avec la multitude des imprimés publicitaires sans conséquence, peut déchirer, sans la lire, ladite lettre. Peu après, le colis arrive à son domicile sans qu'il ait connaissance de la formation d'un quelconque contrat.

M. Raymond constate (19) que l'infraction n'est pas autre chose que la constatation pénale du principe, posé par la jurisprudence civile en 1870, selon lequel "le silence gardé par le destinataire d'une offre ne vaut pas acceptation". La remarque est exacte et souligne, s'il en est besoin, l'objectif législatif de protection du consentement. Le faible nombre des décisions résulte de l'efficacité de l'effet intimidant de la loi. Le législateur et le juge ne laissent pas place à l'imagination frauduleuse du commerçant malhonnête. Par comparaison, le même succès n'est pas constaté en ce qui concerne les primes interdites ; cela tient au procédé législatif qui, d'un côté, autorise certaines primes et, de l'autre, prohibe totalement tout envoi forcé. L'agressivité commerciale se trouve ainsi limitée. Qu'en est-il des sollicitations au domicile du client ?

SECTION 2 - Les démarches agressives au domicile du client.

439 La vente de détail au domicile du client représente une part non négligeable du commerce puisqu'elle est évaluée à 4,37 % du chiffre d'affaires du commerce de détail en France et, par exemple, à 50 % du chiffre d'affaires de l'industrie automobile (20). Les remar-

(19) - Guy Raymond, chron. préc., G.P. 1973, Doct. p. 753.
(20) - Gérard Cas, op. cit., p. 40.

ques faites à l'occasion de la vente par correspondance réapparaissent ici, mais sont amplifiées.

Les abus que la vente à domicile rend possibles tiennent au risque de tromperie pour l'acheteur (21) : comment vérifier, a posteriori, la réalité des affirmations du vendeur qui, en l'absence de contrôle public, peut profiter de la naïveté du client ? La rareté des condamnations de vendeurs à domicile pour publicité mensongère résulte de cette constatation et non d'une systématique honnêteté (22). Par l'intrusion qu'elle autorise dans la vie privée des particuliers, la vente à domicile peut offrir le cadre d'une certaine agressivité commerciale. Il est, en effet, aisé de tirer profit de la faiblesse, de la naïveté ou de l'ignorance du client qui subit la demande commerciale sans en avoir eu l'initiative. Mais, il n'est pas question de jeter le discrédit sur une pratique qui, au demeurant, peut rendre service aux particuliers en leur rapprochant les services de l'entreprise pouvant faire défaut dans leur ville ou leur quartier. Son contrôle reste nécessaire car elle favorise des abus.

Le démarcheur, peu scrupuleux, choisit ses victimes parmi les plus faibles, ceux résistant le moins à son boniment, propose un produit dont le besoin n'est pas réel. Enfin, d'un point de vue économique, on a reproché à la vente à domicile de créer une sorte de monopole : le vendeur impose un type déterminé de produit en supprimant le choix offert normalement par le commerce : à défaut de comparaison de productions, l'acquéreur est tenu à un achat précis. Aussi, à la question de M. Calais Auloy (23) : "Le consommateur est-il le roi vers qui affluent tous ces présents ou la victime d'agressions qui tendent à supprimer son libre arbitre ?", la loi du 22 décembre 1972 répond-t-elle en contrôlant le démarchage et la vente à domicile, reconnaissant, de la sorte, l'agressivité virtuelle du procédé. Le domaine, les conditions et les sanctions de cette législation soulignent le fondement du contrôle : sans restreindre l'activité commerciale, il s'agit de protéger le libre arbitre du public contre l'exploitation

(21) - Supra n° 154.
(22) - Crim. 21 mai 1974, D. 74, J. 579, rapport M. F. Robert et note.
(23) - Les ventes agressives, D. 70, chron. 30.

de ses faiblesses.

§ 1 : Le domaine du contrôle du démarchage et de la vente à domicile :

440 La loi concerne les personnes qui pratiquent ou font pratiquer le démarchage à domicile, sans établir à leur égard de dispositions particulières. L'avant-projet du Ministère de la Justice prévoyait la création d'un statut de démarcheur à domicile : le Parlement l'a rejeté. Aussi, n'y a-t-il pas de conditions autres que celles, générales, d'accès au commerce. Le projet sénatorial prévoyant l'instauration d'une carte professionnelle d'identité a été écarté, vraisemblablement pour éviter tout mécontentement auprès des VRP (24).

Le domaine de la loi n'est donc défini que du seul point de vue des opérations contrôlées. A cet égard, la loi de 1972 n'échappe pas aux critiques. Certes, l'exclusion de certaines opérations du domaine de la loi est compréhensible (25) ; il s'agit des activités pour lesquelles le démarchage fait l'objet d'une réglementation particulière (26), des ventes à domicile de denrées ou de produits de consommation courante faites sous forme de tournées fréquentes ou périodiques, des ventes de produits de production ou de fabrication personnelles du vendeur, du service après vente se rapportant à l'utilisation du matériel principal, ou, enfin, de la vente, location ou location-vente de marchandises ou objets ou prestations de services pour les besoins d'une exploitation agricole, industrielle ou commerciale. Par contre, une exception paraît bien moins justifiée : il s'agit du démarchage pour la vente de véhicules automobiles neufs. Résulte-t-elle de la confiance à l'égard de ces distributeurs ou, plutôt, d'une grande compréhension compte tenu de l'importance de la vente par démarchage dans ce secteur économique ? Quoiqu'il en soit, l'exception est gênante par son importance.

---

(24) - Alain Bietrix et Hélène Birbes, Vente à domicile et protection du consommateur, Cahier de droit de l'entreprise, J.C.P. - C.I. 5 avril 1973, p. 5.

(25) - Article 8;

(26) - Notamment le démarchage de valeurs mobilières : loi du 3 janvier 1972.

§ 2 : Les conditions de validité du contrat :

A - La forme du contrat :

441 La première condition est formelle : l'article 2 de la loi exige un contrat écrit, en deux exemplaires datés et signés par le client dont l'un lui est remis. Le contrat doit comporter une série de mentions obligatoires, à peine de nullité, caractérisant les contractants et leurs relations juridiques : y figurent, notamment, la désignation exacte du produit, les conditions d'exécution du contrat, le prix global et ses modalités de paiement, ainsi que la faculté de renonciation, seconde condition de validité de l'opération. Un formulaire détachable, dont un décret du 9 août 1973 donne l'exemplaire type, facilite l'exercice de cette faculté de repentir. Bien évidemment, ce formalisme est protecteur et incite le client à s'engager en connaissance de cause.

B Le délai de réflexion de l'acheteur :

442 Dans les sept jours, jours fériés y compris, à compter de la demande ou de l'engagement d'achat, le client a la faculté d'y renoncer par lettre recommandée avec accusé de réception. La faculté est d'ordre public et toute clause du contrat par laquelle le client s'engage à y renoncer est nulle (art. 3). S'analysant juridiquement en une condition suspensive par la volonté légale, la stipulation correspond au droit de repentir officieux des entreprises de vente par correspondance : le client l'exerce de façon entièrement discrétionnaire sans que son consentement soit surpris ou forcé. Le contrat n'étant pas formé, le client est dépositaire de l'objet si celui-ci lui a été remis immédiatement.

M. Calais Auloy évoque (27) la possibilité d'une fraude à la loi : si le vendeur indique une fausse date sur le contrat, le client peut être empêché de profiter du délai. A vrai dire, quelle loi n'est pas à l'abri de telles fraudes ? Le risque est moindre dans la

(27) Calais-Auloy, La loi sur le démarchage à domicile et la protection du consommateur, D. 73, chron. 267.

mesure où la loi exige que l'acquéreur indique, lui-même, la date sur le contrat. Le contrat n'étant pas formé avant l'expiration du délai, son exécution ne peut avoir lieu ; le législateur en tire des conséquences quant aux modalités de paiement.

C - L'interdiction de recevoir paiement :

143 Avant expiration du délai de réflexion, il est interdit de présenter des effets de commerce à l'acceptation du client, de lui faire souscrire tout moyen de paiement pour quelque motif que ce soit (art. 4). Le législateur aurait pu imaginer un système de paiement suivi de restitution mais la suite des opérations serait restée à la charge du client qui n'aurait, peut-être, pas osé en prendre l'initiative ou aurait négligé de le faire. Sont également proscrits les engagements de cautionnement ou les versements d'acomptes.

Les professionnels regrettent cette solution et auraient préféré avoir la possibilité de réclamer des acomptes (le Sénat proposait 20 % du prix) afin d'éviter toute surprise de la part de clients malhonnêtes auxquels l'objet avait été remis et qui, soit ne paient pas, soit rendent le bien détérioré. La loi sanctionne évidemment le commerçant honnête par un parti pris favorable au client, l'infraction étant gravement réprimée.

§ 3 : Sanction de l'inobservation des règles légales :

144 Les sanctions civiles consistent dans la nullité du contrat irrégulièrement conclu : absence d'écrit ou d'une mention obligatoire, exigence d'un paiement anticipé... mais, s'agissant d'une nullité de protection, il semble que le consommateur puisse exiger l'exécution d'un contrat irrégulièrement conclu (28). L'allocation de dommages-intérêts peut, selon le droit commun, réparer le préjudice subi et la responsabilité subsidiaire du fournisseur peut être engagée (art. 6). Au plan pénal, dès lors que les prescriptions légales sont violées et alors même que l'acheteur, sans porter plainte,

---

(28) - Dictionnaire permanent, n° 92g.

décide de poursuivre les opérations, la sanction est encourue. Sont sanctionnées les règles relatives au contrat,au délai de réflexion, à l'interdiction de recevoir paiement (29).

Aussi précises qu'apparaissent la réglementation et la sanction du démarchage à domicile, elles ne sont pas à l'abri de failles : on s'aperçoit, actuellement, qu'il suffit que le demandeur attire le client à l'extérieur de son domicile pour que le texte pénal devienne inapplicable !

445 Plus révélatrice de l'esprit de la loi est la création, par l'article 7, du délit d'abus des faiblesses ou de l'ignorance de l'acheteur. Encourant les sanctions légales, même si les prescriptions spéciales de la loi du 22 décembre 1972 ont été respectées, les démarcheurs ou vendeurs à domicile qui ont abusé de la faiblesse ou de l'ignorance d'une personne pour lui faire souscrire, à l'occasion de visites domicilaires, des engagements sous n'importe quelle forme lorsque les circonstances montrent que cette personne n'était pas en mesure d'apprécier la portée des engagements pris , ou de déceler les ruses ou artifices déployés pour la convaincre ou font apparaître qu'elle a été soumise à une contrainte. Une telle disposition, par sa généralité, permet d'atteindre les astuces qui voudraient se jouer de la loi, "la victimologie relayant ainsi la criminologie" (30). Son existence appelle quelques remarques :

- Il est pour le moins paradoxal que le droit pénal dispose d'un texte protecteur aussi général, faisant appel à l'idée de contrainte, alors que les textes généraux du droit civil n'atteignent que le degré supplémentaire de contrainte, la violence.

- Pourquoi réserver l'application d'un tel texte aux ventes à domicile et au démarchage ? Le procédé donne parfois lieu à contrainte mais d'autres techniques de vente sont-elles moins agressives ? Il suffit d'évoquer la vente en grand magasin, la publicité exagératrice...

---

(29) - 1 mois à 1 an d'emprisonnement et 1.000 à 15.000 F. d'amende (art. 5).

(30) - Cahiers de l'entreprise, chron. préc., p. 12., emprisonnement 1 à 5 ans et 3 600 à 36 000 F. d'amende ou l'une des peines seulement.

Quelle sera l'attitude judiciaire face à une infraction sanctionnée comme l'escroquerie, face aux sanctions spéciales de la loi du 22 décembre 1972 ? La mansuétude est probable mais le contenu de la loi est certainement positif puisqu'il introduit, dans le droit français, un mécanisme très protecteur. Le texte est un premier pas, son extension à d'autres situations n'est pas improbable. Cette législation est cependant, pour l'heure, isolée ; l'étendue du contrôle des ventes dans des conditions inhabituelles, dans la rue, le démontre.

SECTION 3 - Les démarches agressives dans la rue ou dans des conditions inhabituelles.

446 Le consommateur se trouve, à nouveau, privilégié par la loi. Si, en effet, le magasin est le lieu normal du commerce de détail, le consommateur qui y entre accepte de subir un minimum de contrainte, exercée dans des conditions "habituelles". Il est préférable de parler de dynamisme plutôt que d'agressivité. Hors de son lieu d'activité, le commerçant perd cette faculté car le particulier n'a plus la même vigilance de ses intérêts : la rue doit être exceptionnellement le lieu d'exercice du commerce. Aussi, le législateur y contrôle ou interdit-il des procédés de vente trop agressifs. Quelqu'en soit la forme, une remarque préalable s'impose : plus que jamais, il est difficile, voire impossible de découvrir le fondement précis de ce contrôle pour y démêler ce qui relève de la protection du consentement de l'acheteur de ce qui concerne la protection de la concurrence. Seule, la tendance dominante peut être remarquée.

§ 1 : La réglementation de certains procédés agressifs de vente :

447 L'article 1° de la loi du 30 décembre 1906 dispose que les ventes au déballage, les soldes et liquidations ne peuvent avoir lieu sans l'autorisation préalable du maire de la ville ou de la loca

lité où la vente aura lieu. Le décret d'application de cette loi n'a été pris que le 26 novembre 1962, reprenant l'essentiel de la jurisprudence antérieurement formée sur la base de la loi du 30 décembre 1906. Plus récemment, le décret du 15 mai 1974 (31) est venu préciser le régime des "ventes directes aux consommateurs". Il apparaît que, malgré sa généralité, le second texte réglementaire ne se substitue pas entièrement au premier.

A - Les ventes contrôlées par le décret du 26 novembre 1962 :

1) Domaine d'application :

448 Le texte de 1962 limite son champ d'action à trois catégories de vente (32) : les soldes, les liquidations et les ventes au déballage.

- Les soldes (art. 2) sont les ventes présentant un caractère réellement ou apparemment occasionnel, accompagnées ou précédées de publicité et annoncées comme tendant à l'écoulement de tout ou partie d'un stock de marchandises (à l'exception des marchandises de fin de série ou défraichies, vendues, soit occasionnellement, soit habituellement, par un commerçant dont il s'agit de l'activité habituelle).

- Les liquidations sont (art. 3) les ventes accompagnées ou précédées de publicité présentant un caractère réellement ou apparemment occasionnel ou exceptionnel, annoncées comme tendant à l'écoulement accéléré d'un stock de marchandises, lorsque le motif qui le justifie est la décision de céder le commerce ou d'en modifier les structures ou les conditions d'exploitation.

- Les ventes au déballage sont les ventes précédées ou accompagnées de publicité, pratiquées sur des emplacements ou dans des locaux qui, habituellement, ne sont pas destinés au commerce, ou dont le caractère

(31) N° 74-429, J.O. du 16, p. 5252.
(32) - Art. 1° et commentaires Michel Roubach, Le décret du 26 novembre 1962 et les ventes dites au déballage, G.P. 1963, Doct. 7.

réellement ou apparemment occasionnel résulte du mode d'acquisition des marchandises, de l'importance du stock mis en vente, des prix annoncés ou de toute autre cause (33).

Ces trois formes de vente ont en commun de ne concerner que des marchandises neuves et de s'appliquer à tout commerçant sédentaire ou forain (hormis les ventes exceptionnelles de commerçants ambulants et forains) (34).

1) Procédure d'autorisation :

449 Le commerçant souffre du recours, fréquent ou abusif, par son concurrent, de tels procédés de vente mais la nécessité de sa protection rejoint celle du particulier, agressé continuellement par ces sollicitations. Le procédé est, lui-même, parfois douteux : l'acheteur n'émet pas un consentement éclairé, le commerçant peut fournir des affirmations fausses ou exagérées. Pour respecter la lettre de la loi du 30 décembre 1906, le décret du 26 novembre 1962 organise la procédure d'autorisation, commune aux trois procédés de vente. Aucun ne peut être effectué sans avoir obtenu l'autorisation, organisée identiquement pour chacun d'eux.

A l'appui de la demande, l'article 6 du décret exige, notamment, la fourniture du motif de l'opération, de l'inventaire des marchandises dont la qualité de propriétaire est à démontrer, l'indication du lieu de vente, la description de la publicité... mais la décision de refus doit être motivée. Pendant la durée de l'opération, le commerçant ne peut recevoir d'autres marchandises que celles figurant sur l'inventaire. Enfin, pour une même personne, dans une même localité, il ne peut y avoir, pour le même commerce, deux liquidations à moins de deux années d'intervalle. Une amende et la confiscation sanctionnent l'infraction (34 bis). L'institution, par la loi Royer,

---

(33) - Également sur la vente par camion-bazar : nécessité d'une autorisation préfectorale.

(34) - Jacques Lacoste, Ventes réglementées quant à leur forme, J.C.L. ventes commerciales, fasc. XXXIX A n° 4 à 7.

(34 bis) - Amende de 180 à 10 800 F. et confiscation des marchandises concernées.

de la notion de "vente directe" laisse-t-elle subsister les infractions résultant de la loi du 30 décembre 1906 ?

B - Les ventes contrôlées par le décret du 15 mai 1974 :

450 L'article 39 de la loi du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat introduit, dans la législation française, la notion de "ventes directes aux consommateurs" et prévoit leur contrôle par décret. Ledit décret a été pris le 15 mars 1974 (35) et définit les ventes directes comme les ventes au détail de ses produits effectuées par toute entreprise industrielle à l'exception de ventes précises qu'il énumère. La généralité des termes réglementaires conduit à s'interroger sur le sort réservé au décret du 26 novembre 1962.

L'introduction, dans la loi Royer, de la notion de vente directe résulte d'un amendement n° 204 d'un parlementaire qui, au cours des travaux préparatoires, devait déclarer (36) "notre amendement vise ce qu'il est convenu de nommer, d'une expression fort impropre d'ailleurs, les ventes d'usine" ajoutant : "toutes ces pratiques ne se traduisent pas nécessairement vis-à-vis des professionnels revendeurs par une concurrence anormale. Toutefois, dans certaines zones à potentiel industriel diversifié, proches de grandes agglomérations, elles peuvent se répéter à intervalles rapprochés, porter sur des produits divers, sur des quantités importantes et présenter alors une réelle menace pour le commerce traditionnel". La réglementation des ventes directes paraît donc concerner essentiellement la protection d'une saine concurrence. Quels en sont, schématiquement, le domaine et la procédure ?

1) Domaine du décret de 1974 :

451 Le domaine de la réglementation est, à la fois, moins large et plus large que celui du décret du 26 novembre 1962 : moins

(35) N° 74429, J.O. du 16, p. 5252.
(36) - Amendement n° 204 de M. Maurice Cornette, J.O. Déb. A.N., 5 oct. 73, p. 4126.

large puisqu'il ne vise, d'une part, que la vente au détail de sa production et puisque, d'autre part, la loi Royer ne vise que les produits déclassés par l'entreprise pour défaut, alors que le décret du 26 novembre 1962 concerne tout stock de marchandises neuves. Bien que l'opinion contraire ait été émise, le nouveau texte n'abroge pas le premier (37) : il recouvre éventuellement une partie de son domaine mais le chevauchement n'est pas systématique. Les ventes effectuées par les distributeurs restent seules contrôlées par le décret du 26 novembre 1962.

Le décret du 15 mai 1974 a, par contre, un domaine plus large puisqu'il vise toutes ventes à l'intérieur du cadre que lui fixe le texte même si elles ne sont pas accompagnées de publicité, même si elles sont faites dans les locaux de l'entreprise. Les exceptions légales concernent : (38)

- les ventes dans les magasins de l'entreprise ouverts habituellement au public.
- les ventes par correspondance et à domicile constituant une activité permanente de l'entreprise.
- les ventes exclusivement réservées au personnel de l'entreprise.
- les ventes effectuées pour le compte de l'entreprise par des commerçants ou des agents commerciaux régulièrement immatriculés.
- les ventes effectuées par des entreprises immatriculées au répertoire des métiers.

2) La procédure d'autorisation de la vente directe :

452 Aux formalités générales, prévues par le décret du 26 novembre 1962 et reprises par l'article 3 du décret du 15 mai 1974, le texte ajoute des conditions strictes d'octroi de l'autorisation préalable du maire de la commune de procéder à la vente : l'autorisa-

---

(37) - Revue fiduciaire, Ventes directes aux consommateurs, n° 3 - 5 juin 1974 n° 1395.

(38) - Cf. circ. du 4 avril 1975 relative aux ventes directes (J.O. 10 avril 1975) J.C.P. - C.I. 75 III 42733.

tion peut être simple ou conditionnelle (article 4). En l'absence de notification de la décision au demandeur dans le délai de vingt jours à compter de l'envoi du dossier, l'autorisation est réputée accordée. Enfin, les décisions de rejet ou d'autorisation conditionnelle doivent être motivées.

La préoccupation législative essentielle est, plus que celle de l'acquéreur, la protection du commerce traditionnel contre une concurrence agressive. Il semble bien en être de même des procédés de ventes interdits.

§ 2 : L'interdiction de certains procédés de vente agressifs :

A - La vente à la sauvette :

453 Elle concerne deux techniques de vente : l'article R 30 du code pénal a été complété par le décret du 29 février 1960, condamnant "ceux qui, sans autorisation ou déclaration régulière, offriront, mettront en vente ou exposeront en vue de la vente des marchandises dans les lieux publics en contravention aux dispositions réglementaires sur la police de ces lieux". Le texte concerne essentiellement les arrêtés par lesquels le maire interdit l'exercice de professions ambulantes ou le soumet à autorisation,ainsi que les ventes contrôlées : la contravention en facilite la répression. En ce sens, et parce que l'acheteur peut aisément être trompé sur la qualité, la protection du consentement est un des motifs de l'interdiction. En réalité, son intensité est faible puisqu'il s'agit essentiellement de protéger le commerçant payant patente et installé.

B - La vente à perte :

454 La vente à perte s'exerce normalement dans les lieux habituellement réservés au commerce mais, par son impact, présente des traits communs avec l'ensemble des techniques concernées. Son interdiction résulte de l'article 1° I de la loi du 2 juillet 1963 qui interdit

la vente de tout produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat effectif, majoré des taxes sur le chiffre d'affaires afférentes à cette revente. Les infractions sont assimilées à la pratique de prix illicites (39). Tout comme à l'occasion de la vente à la sauvette, l'interdiction de la vente à perte résulte, avant tout, de la considération des intérêts des concurrents : il est trop aisé à un commerçant d'attirer la clientèle en gâchant les prix. Indirectement, ce qui justifie de citer l'interdiction dans le système de protection du consentement, le consommateur n'est pas oublié. La technique est déloyale par sa finalité et agressive par ses moyens : si le rabais accordé à l'usager est réel, il est rapidement récupéré sur d'autres produits, "un ilot de pertes dans un océan de profits".

455 Le prix d'appel permet de tourner l'interdiction : en ce cas, la marge du revendeur est infime. La conséquence, soulignée par M. Vasseur (40), est que, pour sauvegarder les droits des producteurs dont la marchandise est en danger de gâchage par le distributeur, les dérogations administratives à l'interdiction du prix imposé se font de plus en plus fréquentes. Plus récemment (41), le ministère de l'Economie et des Finances a montré sa perplexité face à une autre astuce déjouant l'interdiction de la vente à perte : la "vente au prix coûtant". Si le délit de vente à perte n'est pas constitué (remises consenties hors facture), seule la publicité mensongère peut être invoquée : en l'occurrence, l'Administration pense que la publicité d'un prix coûtant peut être mensongère si le prix pratiqué est supérieur au seuil de la vente à perte, tout en incitant les organisations de consommateurs à agir en justice, face à de tels agissements. Mais l'interdiction de la vente à perte intervient, du point de vue de l'acquéreur, tout au plus, pour sous-tendre le contrôle de certaines ventes agressives, telles les ventes au déballage ou l'usage de prix imposés.

---

(39) - Complémentairement, l'arrêté du 30 mai 1970 impose aux commerçants de préciser, dans les annonces de rabais, l'importance de la réduction du prix en valeur absolue ou en pourcentage et d'indiquer le prix net auquel ces produits sont proposés au consommateur.

(40) - Cours de droit commercial, fasc. IV 1974,75, p. 486.

(41) - Bulletin de la concurrence et des prix, n° 4, 1975.

456 Le contrôle législatif et réglementaire des procédés agressifs de vente par correspondance, à domicile, dans la rue ou dans des conditions inhabituelles au commerce, est peu homogène et certainement incomplet. La remarque vaut, surtout, à l'égard de la troisième catégorie car, peut-être, la rue ou le magasin sont-ils encore le domaine du camelot, du dynamisme commercial. Le contrôle des ventes par correspondance et à domicile a été imposé au législateur par les abus de la pratique et rendu possible parce que son institution ne gênait guère la concurrence. Ces excès paraissent moins évidents dans les lieux où le commerce est appelé à s'exercer ; aussi, la réglementation, d'inspiration concurrentielle, concerne-t-elle, au premier chef, les relations entre commerçants. La considération du cocontractant acquéreur est plus évidente dans le contrôle spécifique des abus de situation commis par le vendeur envers l'acquéreur.

CHAPITRE II - LA SANCTION SPECIFIQUE DES ABUS DE SITUATION COMMIS PAR LE VENDEUR ENVERS L'ACQUEREUR, DANS LA VENTE COMMERCIALE.

457 La jurisprudence afférente au contrat d'adhésion offre l'exemple type de la sanction générale de la fixation contraignante des conditions du contrat par le droit des obligations, légèrement déformé mais respecté dans ses principes. Ses limites -il ne faut pas parler d'insuffisances-comparées aux exigences commerciales se révèlent en deux endroits :

- D'une part, la vie sociale rend la conclusion de contrats de vente commerciale pratiquement obligatoire, sorte d'état de nécessité plus ou moins intense où chacun dépend,généralement, d'une ou plusieurs personnes. Par là-même, il y a contrainte et dépendance de l'acquéreur, situations que n'appréhendent pas les principes classiques.

- D'autre part, ainsi qu'il a été vu, la protection du consentement par le droit des obligations consiste en un contrôle du contrat lui-même. De ce point de vue, l'acte juridique est neutre : il ne fait que révéler une pression latente. Aussi, le législateur moderne, plutôt que de détourner le droit des contrats de sa vraie fonction,préfère-t-il s'attaquer à la cause de cette contrainte, au déséquilibre économique créant un rapport de force entre contractants.

La supériorité du vendeur n'est, en soi, pas condamnable. Objectivement, la situation est même de règle. Mais le droit cesse où l'abus commence et cette supériorité économique peut être l'instrument d'une contrainte exagérée que le droit atteint spécialement dans deux hypothèses : les prix imposés et conseillés d'une part, les ventes jumelées et liées d'autre part.

458 Ce tableau ne peut, non plus, ignorer le droit de la concurrence qui paraît également condamner l'abus de situation. Par

hypothèse, cet ensemble de règles régit les relations globales entre commerçants, à l'exclusion des rapports individuels nés, ou à naître, d'un contrat. Cette législation est, pour l'essentiel, relative aux ententes et abus de position dominante, seules incriminations réprimant la cause objective de la contrainte : l'abus de supériorité de situation.

L'article 3 de la loi de finance rectificative du 2 juillet 1963, complétant l'ordonnance du 30 juin 1945 (1), sur les ententes, prohibe les activités d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises occupant sur le marché intérieur une position s'analysant en une situation de monopole ou en une concentration manifeste de la puissance économique "lorsque ces activités ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'entraver le fonctionnement normal du marché". Ce seul texte d'application générale concernant l'abus de situation se complète du contôle des ententes.

Conçu initialement, par le décret du 9 août 1953, comme un moyen de contrôle des prix, le droit des ententes a évolué. A l'origine, le législateur se réfère à un prix idéal de marché, issu du libre jeu de l'offre et de la demande. Les sanctions sont logiquement celles de la pratique des prix illicites. L'ordonnance n° 67835 du 28 septembre 1967, en conformité avec les dispositions du traité de Rome, a placé cet ensemble dans le cadre strict de la concurrence et défini l'entente dans cet esprit. Sont prohibées les ententes "ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence" en empêchant l'abaissement des prix, en favorisant leur hausse ou leur baisse artificielle, en entravant le progrès technique et en limitant l'exercice de la libre concurrence par d'autres entreprises (article 2). L'article 3 prévoit une exception, également applicable aux abus de position dominante : ne sont pas couverts par l'ordonnance les agissements ayant "pour effet d'as-

---

(1) - N° 45-1483 ; Sur l'admission de la sanction généralisée de l'abus de situation par les textes "classiques" : cf : François Magnin, Réflexions critiques sur une extension possible de la notion de dol dans la formation des actes juridiques. L'abus de situation, J.C.P. 1976 I 2780

surer le développement du progrès économique, notamment par l'accroissement de la productivité".

De l'énoncé très succinct de ce système,découlent quelques remarques. L'usager pâtit certainement de l'entente ou de l'abus de position dominante. Ceux-ci, par définition, ont pour objectif de désorganiser les mécanismes naturels du marché, notamment par leur action à la hausse des prix ou à l'élimination de la concurrence. Néanmoins, les textes relatifs à ces agissements ne concernent l'usager que très indirectement et uniquement dans ses intérêts pécuniaires. Le législateur français distingue la bonne de la mauvaise entente et procède de même pour l'abus de position dominante. Or, une entente licite peut, très bien, léser les intérêts du particulier et, à l'inverse, une mauvaise entente peut, pécuniairement, lui être favorable : la licéité de l'agissement est évaluée compte tenu de son action sur le marché et non de son effet sur le consentement individuel. Le consentement s'apprécie, au niveau de l'individu, dans le cadre d'un contrat et non en valeur relative, ce deuxième aspect étant réservé à la concurrence ; celle-ci se juge surtout, dans les rapports collectifs entre vendeurs.

459 Ainsi délimitée, la sanction spécifique des abus de situation commis par le vendeur, par suite d'un déséquilibre économique des contractants, en dehors du droit des obligations, apparaît dans deux situations (2). Le commerçant, essentiellement le vendeur, se voit reprocher une double attitude jugée agressive et spécialement contrôlée, selon que la contrainte est active ou passive. Au premier cas, le professionnel abuse de sa supériorité pour imposer soit un certain prix à son revendeur, soit l'achat par l'usager d'un objet non désiré (section 1). Au second cas, le vendeur découvre une attitude négative et, plutôt que de contracter à des conditions qu'il juge défavorables, refuse de vendre (section 2).

---

(2) - Sur les effets de la concurrence sur le consommateur : cf. notamment Vasseur, cours préc., p. 463 s.

SECTION 1 - Les sanctions spécifiques de la fixation contraignante des conditions du contrat.

460 Le vendeur, disposant d'une supériorité économique, profite abusivement de la situation. Outre les sanctions générales du droit des contrats, ainsi que celles qu'il encourt en tant que concurrent déloyal à l'égard d'autres professionnels, le commerçant se voit appliquer quelques textes l'obligeant à plus de mesure dans son attitude envers le particulier ou son distributeur. Cette législation est relative aux ventes jumelées et liées, ainsi qu'aux prix imposés.

§ 1 : Le contrôle des ventes jumelées et liées :

461 Dans la vente jumelée, un lot réunit deux ou plusieurs produits, le prix global étant inférieur au prix additionné de chaque objet. La vente liée consiste à subordonner l'acquisition d'un produit à l'achat d'un autre produit ou à la prestation d'un service (3). Est assimilé à la pratique de prix illicite le fait de "subordonner la vente d'un produit" ou "la prestation d'un service soit à l'achat concomitant d'autres produits, soit à l'achat d'une quantité imposée, soit à la prestation d'un autre service" (article 37 de l'ordonnance n° 45 1483 du 30 juin 1945).

Quelle est la finalité de la prohibition ? Elle s'explique par la psychologie de l'acheteur qui peut se trouver dans l'une des deux situations suivantes. Au premier cas, l'acquéreur ne veut pas acheter plusieurs articles mais, simplement, l'un d'entre eux, il n'a pas la possibilité de refuser. Le législateur veut éviter l'exploitation abusive d'un état de nécessité : il y a une réelle contrainte. Dans la seconde hypothèse, l'usager, apparemment volontaire, acquiert, avec l'objet principal de son achat, un autre bien, croyant, même, réaliser une affaire alors qu'il n'a pas un réel besoin de cet achat. Le procédé tient donc essentiellement de la contrainte mais comporte

(3) - Par commodité, au cours des développements, on désignera sous le terme générique de ventes liées les deux formes de vente.

aussi une part de déloyauté. La sanction tient compte de ce double aspect et la vente liée, lato sensu, pouvant dissimuler une vente avec prime, il existe, outre la sanction générale de l'ordonnance du 30 juin 1945, une sanction particulière propre à la distribution "d'avantages".

A - Le contrôle des ventes liées par l'article 37 de l'ordonnance du 30 juin 1945 :

462 L'article 37 interdit de subordonner la vente d'un produit ou la prestation d'un service soit à l'achat concomitant d'autres produits, soit à l'achat d'une quantité imposée, soit à la prestation d'un autre service. A titre préventif, l'arrêté du 23 mars 1948 exige, en cas de vente par lots, que soient précisées les conditions de vente de chaque objet et le prix global de celui-ci. Le décret du 5 août 1961 pris en application de la loi du 20 mars 1951 imposait au vendeur une double information "par tous les moyens appropriés" afin de montrer à l'acquéreur la vraie nature de l'opération :

- Obligation de prévenir l'acheteur qu'il a toujours la faculté d'acquérir séparément chaque article.

- Obligation pour le vendeur de faire apparaître le prix de chaque article par vente séparée ainsi que le prix du lot.

Le Conseil d'Etat a annulé l'article correspondant du décret du 5 août 1961 (article 5) pris en application de la loi du 20 mars 1951 relative aux ventes avec primes car, évidemment, toutes les ventes liées ne sont pas des ventes avec primes (4). Quelle est, alors, la portée actuelle de l'article 37 ?

463 Avant tout, ce que réprime l'ordonnance est l'atteinte au libre choix de l'acheteur, obligé d'acquérir un lot entier (5).

---

(4) - C.E. 8 mai 1964, J.C.P. 64,2,13733, 2° arrêt.
(5) - Note H. Guérin sous Crim. 4 décembre 1968, J.C.P. éd. C.I. 1969, 86235 et J. Hémard. R.D.C. 69, p. 788.

Si le décret de 1961 était très protecteur de l'acquéreur, il n'en est pas de même du droit positif. La première condition est celle de la concomitance des achats qui n'interdit pas la vente par lots de manière successive. Mais, surtout, si l'acheteur peut acquérir séparément les produits liés, même à des prix légèrement supérieurs, la vente est licite car la différence de prix est justifiée par l'intérêt du commerçant à vendre le lot. La législation actuelle encourt, finalement deux critiques :

- Elle est vague, faute de jurisprudence. Ainsi qu'est-ce qu'un lot ? Souvent, des boissons sont vendues par paquets de quatre petites bouteilles, y a-t-il vente liée à l'égard de l'acheteur qui n'en désire qu'une seule ? L'exemple est certes extrême mais il peut être souvent comparé dans la vie commerciale et industrielle.

- La législation, ensuite, ne permet pas de contrôle a priori : de nature répressive, elle ne fait pas, à l'inverse du décret du 5 août 1961, apparaître à l'acquéreur la nature réelle de l'opération. L'inconvénient est plus grave si la vente liée cache une vente à prime.

B - Le contrôle des ventes liées par la législation antiprimes :

464 Malgré l'annulation de l'article 5 du décret du 5 août 1961, les ventes jumelées ne sont pas moins punissables lorsqu'elles déguisent des ventes avec primes. Commet l'infraction le commerçant qui a mis en application un système de vente avec prime consistant à refuser de vendre un paquet de café sans l'objet publicitaire qui y était joint, alors que son fournisseur avait institué un système de vente assorti d'éléments tels qu'affiche, papillon vert et indication de prix différents pour le café et l'objet publicitaire, de nature à éviter que ce système soit confondu avec un système de vente prohibée (6).

La seule application des règles relatives à la vente avec

(6) - Crim. 12 juillet 1961, D. 61, Som. 98 et note ; Bull. crim. n°337.

primes suppose que l'acheteur n'a pas la faculté d'acquérir séparément chacun des objets ainsi offerts sinon l'article 37 de l'ordonnance s'applique également. Mais il n'y a pas, dans le silence de la loi du 29 décembre 1972 relative aux ventes et prestations de services avec primes et depuis l'arrêt du Conseil d'Etat du 8 mai 1964, de dispositions particulières prohibant les ventes liées . Celles-ci ne sont donc interdites que si le produit accompagnant l'objet de la vente constitue réellement une prime au sens des dispositions légales. La législation mérite d'être précisée, en est-il de même de l'usage de prix imposés ?

§ 2 : Le contrôle des prix imposés et des prix conseillés :

465 La pression résultant de l'usage du prix imposé apparaît souvent, avec intensité, dans les rapports fournisseur - distributeur ou revendeur. Le producteur impose au revendeur détaillant, dans la vente, un prix de revente ou une limite dans la fixation de ce prix. La limite peut être un plafond ou un plancher, c'est-à-dire, respectivement, une limite maximale ou minimale. Le prix plafond,pouvant autoriser un abaissement du prix de vente au profit de l'acheteur final,n'a pas vu sa validité mise en cause (7) et la controverse a essentiellement concerné le prix plancher.

D'un aspect concurrentiel, cette pratique permet d'éviter un avilissement du produit : la clientèle étant amenée à douter de la qualité du produit vendu à bas prix. Mais la concurrence est limitée par le procédé qui, à long terme, fait supporter les effets du contrat, un prix élevé, à la clientèle. Du point de vue du consentement, les revendeurs sont dans une situation de dépendance économique vis-à-vis des producteurs, le plus souvent bien moins nombreux que les premiers. Le contenu de la clause de prix imposé s'apparente au contrat d'adhésion car, en l'absence de toute discussion du contenu de la stipulation, le revendeur ne peut que l'accepter ou la refuser. A fortiori en est-il de même à l'égard de l'acheteur pour qui le prix de la vente résulte d'une sorte de contrat-type. Si, la situation est fréquente dans la

---

(7) - J.C.L. com., fasc. XXXIII Modalités des ventes commerciales, n°38.

vie des affaires, l'usage de la clause de prix imposé se place dans le cadre d'un contrat de concession exclusive, l'aliénation du revendeur en est accrue.

466 Le droit commun des contrats ne permet pas de mettre en doute la validité du procédé. A la rigueur, l'acceptation de la stipulation peut-elle être contrôlée lorsque le prix imposé est imprimé sur le produit sans que le consentement du distributeur ait été émis. La loi du 18 juillet 1952, complétant l'article 37 de l'ordonnance du 30 juin 1945 assimile, à l'égard de toute personne, mais à l'exception des prix de marque, l'imposition d'un prix minimum à la pratique de prix illicites. Le décret du 9 août 1953 en vue, surtout, de protéger la concurrence, supprime l'exception de marque, fait un délit de la pratique de prix imposé, assimilé à la pratique de prix illicites. Annulé par le Conseil d'Etat (8), ce texte a été remplacé par le décret du 24 juin 1958 qui en a repris les dispositions essentielles.

A - Le délit de prix imposé :

467 Le délit suppose réunies deux conditions matérielles pour être constitué : la détermination d'un prix ou d'une marge et le caractère minimal du prix ou de la marge. La nature du contrat importe donc peu : "soit au moyen de tarifs ou barèmes, soit au moyen d'ententes, quelle qu'en soit la nature ou la forme", dès lors que le contrat est un contrat de vente commerciale entre un fournisseur et un revendeur, s'appliquant même à un produit de marque (9). Le prix imposé est souvent le moyen de réalisation d'une entente qui, par ailleurs, peut tomber sous le coup de l'article 419 du code pénal relatif aux ententes illicites sur les prix.

Le fournisseur doit déterminer le prix de revente du produit et, à cet égard, une circulaire ministérielle du 31 mars 1960 (10)

(8) - 18 juin 1958, J.C.P. 58 II 10727.
(9) - Crim. 13 juillet 1961 1° esp., J.C.P. 61 II 12241 - D. 61, J.429.
(10) - J.O. 2 avril 1960.

précise que l'énumération légale n'est pas limitative. Le prix peut être imposé directement ou indirectement par tous moyens : étiquettes ou mentions apposées sur les produits, indications portées sur les factures...etc... précise le texte.

Le prix ou la marge doit, ensuite, revêtir un caractère minimal, c'est-à-dire avoir été déterminé par le fournisseur comme un minimum au dessous duquel le revendeur ne peut descendre. La compréhension très large des termes du décret permet de considérer comme indifférente la manière, même détournée, dont le prix est fixé. Peu importe, que le prix soit à la fois un maximum et un minimum. Peu importe que le prix ou la marge soit celui ou celle fixé par l'autorité publique comme taxation : le seul caractère plancher du prix taxé suffit à constituer l'élément de l'infraction.

468 Le délit ressortit beaucoup des techniques de protection de la concurrence. Ainsi, si le décret prévoit qu'un arrêté ministériel peut accorder des dérogations à la prohibition, celles-ci sont surtout, concevables lorsqu'elles respectent le libre jeu de la concurrence ou lorsque l'application du délit gênerait elle-même la concurrence. La nouveauté du produit, l'exclusivité résultant de la propriété industrielle, justifient, notamment, les dérogations (11). Au même titre que les ententes, qu'il soutient parfois, le prix imposé est une contrainte d'ordre contractuel. Née du contrat, cette pression, faute de textes répressifs, ne serait sanctionnée que par l'idée de contrat d'adhésion. Encore faut-il que la pratique des prix conseillés ne détruise pas toute l'efficacité du contrôle assuré par le délit.

B - Le délit de prix conseillé :

469 La pratique a montré l'insuffisance de la seule sanction du prix imposé. Il est aisé à certains commerçants d'en tourner la

---

(11) - J.C.L. com., Ventes commerciales, Diverses modalités, Prix imposé, fasc. XXXIII n° 32 s. - cf : P. Coulombel, Obligations spéciales de l'acheteur, in Hamel, La vente commerciale de marchandises, p. 297 ; Ripert et Roblot, n° 2052.

prohibition par l'usage de prix conseillés ou de prix maximaux de revente qui sont, en réalité, des prix imposés à la revente. Le rapport de force, favorable au producteur, l'autorise à faire pression sur le revendeur en dissimulant l'ordre sous l'apparence d'un simple conseil. La liaison de ce procédé avec l'intégrité du consentement est plus évidente qu'à l'occasion du prix imposé puisque la contrainte ainsi réalisée ne résulte pas de la force obligatoire du contrat.

A cet effet, ainsi que dans une recherche d'assainissement de la concurrence, l'article 1° alinéa 2 de l'ordonnance n° 67-835 du 28 septembre 1967 dispose que "l'indication par quelque moyen que ce soit par un producteur, un importateur ou un grossiste, de prix conseillés au détaillant pour la vente au public de certains produits ou services peut être interdite dans la même forme" (par arrêté). L'ordonnance a, initialement, eu pour objectif d'éviter la pratique des prix de catalogue élevés, fixés par le fabricant qui autorise le revendeur, par accord, à les abaisser fortement. Le client,alléché par des rabais intéressants, s'empresse d'acquérir, pensant, à tort, que ces "prix choc", faibles, sont instables. La contrainte cotoie la déloyauté vis-à-vis des acheteurs comme des concurrents.

Il n'y a pas création d'un délit spécifique de prix conseillé mais complémentarité par rapport à l'infraction de prix imposé. Les éléments des deux formes des délits s'imposent : indication d'un prix par le producteur ou revendeur, par tous moyens, alors qu'un arrêté du Ministre de l'Economie et des Finances l'interdit et, ensuite, caractère minimum du prix ou de la marge (12). Le même article 37 de l'ordonnance réprime l'infraction.

470 M. Guyénot, dans son commentaire des dispositions de l'ordonnance de 1967 (13), regrette l'intervention législative dans le domaine des prix imposés et conseillés. Etait-ce nécessaire alors que l'Administration économique dispose d'un arsenal récent de textes sanctionnant les actes de publicité mensongère ? La législation, pense-t-il,

(12) - J. Vivez, Les dispositions de l'ordonnance n° 67605 du 28 septembre 1967 relatives à l'assainissement de la concurrence, J.C.P. 68,1,2145.
(13) - D. 67 legis. 432.

s'alourdit sans que s'accroisse son efficacité. Certes, les termes de l'article 44 I de la loi du 27 décembre 1973 relatif aux abus de la publicité sont-ils suffisamment larges pour englober la pratique du faux prix choc mais l'existence de textes propres aux prix imposés permet de sanctionner non seulement la déloyauté, nécessaire protection de l'acheteur comme du concurrent, mais aussi la contrainte exercée contre le revendeur.

471 Ventes liées et prix imposés sont des techniques concurrentielles déloyales mais, dans le cadre d'un contrat isolé, il convient de rappeler leur rattachement au vice de contrainte, lien qui, s'il est plus ou moins lâche selon les circonstances, n'en est pas moins certain. Peu à peu, le législateur rassemble les pièces d'un puzzle orienté, sous le couvert fréquent de la concurrence, vers la protection de la victime. Le refus de satisfaire les besoins de l'acheteur sans motif légitime en est la dernière manifestation.

SECTION 2 - La sanction du refus de satisfaire aux besoins de l'acheteur sans motif légitime.

472 Le respect absolu de la liberté du consentement est le sens de l'autonomie de la volonté : puisque l'individu est libre de contracter, de commercer, il doit être libre de ne pas le faire. S'il crée un produit, il est libre de le vendre ou, à l'inverse, de le conserver. Le délit de refus de vente, après une gestation délicate, a vu son contenu positif fixé par le décret du 24 juin 1958. Constitutive d'une contrainte licite à l'égard du vendeur professionnel, l'infraction revient, du point de vue de l'analyse du consentement, à éviter l'exploitation de l'état de nécessité d'un acquéreur de bonne foi. Néanmoins, la doctrine dominante rattache la sanction du refus de fournir au système d'assainissement de la concurrence ou, la remarque vaut également pour la taxation, au contrôle du niveau du prix. Quelle est la finalité de l'existence du délit de refus de vente ? Si, pour l'essentiel, son fonde-

ment immédiat paraît relever de la protection et du maintien d'une concurrence loyale (§ 1), les éléments constitutifs du délit apportent, souvent, un renforcement de la protection du consentement de l'acquéreur (§ 2).

§ 1 : Le fondement de la sanction du refus de contracter :

473 L'évolution du délit de refus de vente (14) admet toujours sa nature d'infraction économique mais son fondement n'est pas unitaire. L'article 38 de la loi du 21 octobre 1942 (15) réprimant le fait, pour un commerçant, de conserver des produits destinés à la vente en refusant de satisfaire les demandes normales des acheteurs, dans la mesure de ses disponibilités, a essentiellement en vue d'interdire aux commerçants d'exploiter la pénurie par une limitation de l'offre. La fin de la pénurie fait perdre l'essentiel de son intérêt à la législation qui est intégrée à l'article 37 de l'ordonnance n° 45 1483 du 30 juin 1945 relative aux prix. Le retour à l'économie libérale et à une libre concurrence redonne à ces dispositions une certaine vitalité. Le souci des pouvoirs publics de régularisation commerciale conduit à la loi du 18 juillet 1952 interdisant, à l'exception des produits de marque, la pratique des prix imposés. Le décret du 9 août 1953 qui la remplace interdit, dans un évident souci de libre concurrence, diverses pratiques, et, soulignant ainsi le lien entre les deux délits, réprime, également, et de façon générale, le refus de vente et l'usage de prix imposés... Après l'annulation du décret, un autre décret, du 24 juin 1958, reprend l'essentiel des dispositions antérieures, assimilant ainsi à la pratique de prix illicites, le fait "par tout producteur, commermerçant, industriel ou artisan :

a) de refuser de satisfaire, dans la mesure de ses possibilités et dans les conditions conformes aux usages commerciaux, aux demandes des acheteurs de produits ou aux demandes de prestations de service, lorsque ces demandes ne présentent aucun caractère anormal, qu'elles émanent de

(14) - Pierre Gulphe, L'évolution du délit de refus de vente, in 10 ans de conférences d'agrégation, p. 423.

(15) Modifiée par L. 7 août 1912 ; 31 oct. 12 et 8 juin 43.

demandeurs de bonne foi et que la vente de produits ou les prestations de service n'est pas interdite par la loi ou par un règlement de l'autorité publique"...

474 La présentation succincte de l'évolution du délit de refus de vente n'a, du point de vue de cette étude, qu'un intérêt : alors que la législation de 1942 procède d'une économie de pénurie et vise à éviter toute exploitation de la situation, le décret du 9 août 1953, comme celui du 24 juin 1958, concerne , avant tout, le maintien d'une saine concurrence. Or, à quoi peut servir la prohibition des prix imposés qui, on l'a vu, est notamment destinée à la protection du commerce si son efficacité n'est pas garantie ? C'est le rôle du délit de refus de vente : le vendeur ne peut, à sa guise, accepter ou refuser de satisfaire aux demandes dont il est saisi. L'existence de l'infraction résulte des impératifs de la concurrence mais au second degré : rattaché à la concurrence, le délit explique que l'auteur de l'acte doit être un professionnel du commerce, que les conditions du refus sont définies par référence aux usages commerciaux, que, alors que la législation antérieure visait surtout la protection du consommateur en incriminant le détaillant, le délit peut être le fait de "tout producteur, commerçant, industriel ou artisan", le législateur s'attachant surtout aux échanges entre professionnels.

Mais, technique de protection de la concurrence, l'infraction ne l'est qu'au second degré, par l'intermédiaire du délit de prix imposé qu'elle garantit. M. Gulphe, par une étude très complète (16), démontre que le refus n'est pas sanctionné dans les pays où la pratique des prix imposés est licite, et exceptionnelle dans les pays où les accords de prix sont soumis à déclaration préalable. Il n'y a pas lieu à imposer la vente si le risque de pratiques agressives n'est pas, tel l'usage d'un prix imposé, considéré comme prohibé. Ce rôle particulier du délit de refus de vente peut être souligné d'un autre aspect : vis-à-vis de la garantie du contrôle de la concurrence. En effet, la place particulière du délit de refus de vente à l'égard d'un moyen d'assainissement n'est pas unique et l'infraction remplit, à l'égard

---

(16) - Pierre Gulphe, chron. préc., p. 423.

du délit de pratiques discriminatoires, la même fonction. Il est habituel de distinguer pratiques discriminatoires et refus de vente, deux infractions de l'article 37-1 de l'ordonnance n° 45 1483 du 30 juin 1945. A quoi sert d'interdire, en vue d'assainir la concurrence, l'usage de pratiques discriminatoires si le vendeur, qui ne peut imposer ses conditions de vente, dispose du droit de ne pas contracter. Le délit de refus de vente garantit l'application de l'infraction d'usage de pratiques discriminatoires.

475 A vrai dire, leurs rapports sont plus étroits. Fondamentalement, ils ont la même nature et il n'est pas exclu de les rapprocher. Certes, leurs éléments constitutifs diffèrent : l'habitude est propre aux pratiques discriminatoires et, ensuite, celle-ci exige un comportement positif du fournisseur poursuivi... Mais leur opposition n'est qu'apparente : si les pratiques discriminatoires ne supposent pas nécessairement un refus, le prévenu doit, cependant, comme à l'occasion du refus de vente, faire l'objet d'une demande préalable ayant les mêmes caractères et aboutissant à l'insatisfaction du client sans motif légitime. Cette communauté du résultat doit s'effacer si l'on considère l'acquéreur, en déterminant ses moyens de protection.

476 Le délit de refus de vente peut être défini, vis-à-vis des concurrents de l'auteur des agissements, comme la garantie de l'efficacité de pratiques prohibées parce qu'atteignant gravement la concurrence commerciale,soit totalement,s'il s'agit de l'usage de pratiques discriminatoires, soit partiellement,s'il s'agit du prix imposé, pour lequel intervient, également, la considération du consentement de l'acquéreur. Mais le refus de vente, pour être entièrement précisé, doit s'analyser, également, dans les rapports du vendeur avec l'acheteur ou le public. Comparé au principe de la liberté du commerce et de l'industrie, le principe de la prohibition paraît choquant. La doctrine imprégnée, à juste titre, des impératifs concurrentiels, l'étudie du seul point de vue économique. La création du délit, dit-on (17),

(17) - J.H. Roche, Le délit de refus de fournir - Durand, La contrainte légale dans la formation du contrat, R.D.Civ. 1944, n° 11, p. 73. Rieg, le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit français et allemand, th.,Paris 1961, p. 226.

résulte de la nécessaire liberté d'accès aux sources d'approvisionnement, de l'existence, à la charge du vendeur, d'un "service public économique": le commerçant se trouve promu agent de l'économie, ce qui, paradoxalement, fait passer au second rang la préoccupation des intérêts du consommateur. Il y a abus de droit, contraire à l'intérêt général, à ne pas remplir une fonction vitale à l'économie. Le rôle économique reconnu à l'entreprise est impératif et, sauf raison suprême, ne peut cesser ; l'acheteur en bénéficie unilatéralement sans que, de son côté, existe une quelconque obligation d'acheter. Ainsi, l'obligation de vendre, et non le refus d'acheter, ne cède-t-elle que par l'impossibilité non fautive du vendeur (mauvaise foi ou demande anormale du demandeur) ou lorsque le service public ne peut que bénéficier de la suppression de la prohibition. Ainsi, un contrat de concession exclusive ne peut-il justifier un refus de vente, par application du décret du 24 juin 1958, à moins que le vendeur ne démontre l'amélioration du service rendu au consommateur par la concession (18).

477 L'analyse économique est logique ; le législateur y contribue en plaçant les dispositions du délit de refus de vente parmi les textes relatifs au maintien ou à la liberté de la concurrence. Pour exacte qu'elle soit, l'analyse n'en est pas moins incomplète. M. Serna, notamment, l'a critiquée (19). "Il est prématuré, dit-il, de dire que la législation économique soit à l'origine d'un refus de contracter qui serait civilement et même pénalement sanctionné et encore plus prématuré d'affirmer qu'elle crée un contrat obligatoire". L'objectif législatif, précise-t-il, n'est pas de réglementer autoritairement l'offre de contrat mais plutôt de la régulariser, le refus de vente étant la sanction d'un principe de non discrimination". Pour preuve, il prend le fait que le sollicitant est dans l'impossibilité d'agir en indemnité contre le vendeur si la vente n'est pas conclue. L'argument relatif à l'impossibilité pour l'acheteur de se porter partie civile paraît fort. En réalité, le choix résulte de la volonté

(18) - Infra n° 493 s.
(19) - Jean Christian Serna, Le refus de contracter, th. Paris 1967, p. 114.

de laisser place au profit de l'Administration, à transaction. L'analyse de M. Serna n'est pas fausse mais peut être complétée : les objectifs législatifs ayant varié, il est certain que le souhait de régulariser l'offre, d'éviter la discrimination,existe mais n'exclut pas la fonction de garantie du délit, coexistence tout à fait concevable. Cependant, il convient, pour appréhender le concept de refus de vente dans son entier, de déplacer l'analyse sur un plan plus concret.

478 Du point de vue de la liberté du consentement, le délit de refus de vente constitue, objectivement, une contrainte à l'égard du vendeur, qualifié de "juste" puisque légale (20). Quelle peut être, dans le délit, l'importance de la considération de l'intégrité du consentement ? L'explication de la sanction du refus, par l'idée de service rendu au public, contient une limite : si l'activité considérée ne remplit pas une fonction indispensable au groupe social, le professionnel ne devrait pas être tenu à la vente. Or, le domaine de la prohibition est général et ne tient pas compte de la nature du service. A l'origine, la législation a pu, du fait de la pénurie, être légitimée par cette idée, il n'en est plus de même aujourd'hui.

Actuellement, c'est à la situation d'offre permanente du commerçant qu'il convient de se référer. Même obligatoire, le contrat se forme par la rencontre de deux volontés. Lorsqu'un individu n'a pas fait connaître sa volonté de vendre, il ne peut être obligé de contracter. Il devrait en être de même du commerçant. Celui-ci, sans remplir systématiquement une fonction indispensable, fait l'objet d'une demande légitime : l'acheteur final n'est pas nécessairement en état de nécessité mais désire voir satisfaire un besoin jugé normal. Par contre, dans les rapports du producteur, du commerçant au revendeur, le détaillant est en état de nécessité puisqu'il doit répondre à une demande constante de sa clientèle, sa satisfaction devient vitale puisqu'elle est la raison d'être de son activité. La contrainte exercée par l'infraction à l'encontre du vendeur est certaine mais elle est juste : si elle atteint l'intégrité du consentement, la pression légale n'en est pas moins opportune. Par contre, si le délit

(20) Paul Durand, chron. pré .. p. 71

n'existait pas, il y aurait, de la part du vendeur, abus soit d'un état de nécessité, soit d'un état simplement de besoin mais, en ce cas, la personnalité de la victime ne justifie pas un refus.

Juridiquement, le commerçant voit ainsi s'étendre sa situation de pollicitant permanent puisqu'il est non seulement tenu de vendre les marchandises qu'il propose au public mais, également, tout produit dans la mesure de ses disponibilités. L'acquéreur ne peut, quant à lui, se prétendre victime d'une exploitation contraignante lorsque, à l'instar d'autres vices du consentement, sa mauvaise foi est à l'origine de cette situation ou lorsqu'une faute peut lui être reprochée. En ce sens, le délit s'apparente fortement aux techniques de contrôle du contrat d'adhésion puisque le contractant économiquement puissant est lié pour protéger le plus faible. L'explication ainsi proposée ne prétend pas être systématique : elle ne peut écarter la prépondérance des motifs économiques de la législation du refus de vente, c'est-à-dire sa fonction de gardienne de la concurrence, mais la considération du consentement existe, ce que révèlent certains éléments du délit.

§ 2 : La nature des éléments du délit de refus de vente : le refus de satisfaire à la demande de l'acheteur :

479 La primauté, dans le délit, des considérations économiques interdit de faire de cette incrimination une technique fondamentale de protection de l'intégrité du consentement. Ainsi, si la victime du refus est protégée contre de tels agissements agressifs, sa propre défense ne lui appartient-elle pas : elle ne peut exiger l'accomplissement d'un hypothétique service public d'approvisionnement ou mettre en oeuvre l'action publique. La définition du droit positif du refus de vente ne consiste pas dans le détail, fort imposant, de son contenu mais dans la nature de ses éléments, leur portée à l'égard du contrat de vente non conclu. La constitution du délit suppose le refus par un commerçant, producteur, industriel ou artisan de satisfaire à la demande d'un acheteur, en l'absence d'un motif légitime (§ 3).

En schématisant à l'extrême, la comparaison proposée du

refus de vente avec le contrat d'adhésion est révélatrice. Dans les deux situations, la supériorité du vendeur caractérise le rapport de force. Alors que, dans le contrat d'adhésion, la disproportion économique apparaît de façon positive, extérieure, elle est passive, mais tout aussi efficace par le refus de vente, tous deux manifestant la volonté d'exploitation abusive et unilatérale d'un besoin légitime. Certes, elle n'est pas propre au contrat de vente commerciale mais l'agressivité passive y est sanctionnée de façon générale en raison de la situation d'offre permanente du commerçant ou, d'un aspect économique, de son rôle de distributeur. Quels sont alors les caractères et les conditions de ce refus illicite ?

A - Les caractères du refus prohibé :

480 Stricto sensu, est répréhensible le refus proprement dit d'accepter une commande. Il peut s'agir de l'expression brutale d'un refus de nouer ou de poursuivre des relations commerciales ou, tout aussi nettement, de ne pas accepter d'exécuter une commande normale (21). Les seules difficultés nées de cette exigence sont d'ordre pratique : il suffit de démontrer la réalité du refus, dès lors que la contrainte exercée est certaine. Peu importe donc la forme,expresse ou tacite, du refus dès lors que l'insatisfaction légitime du client est prouvée (22). L'acte préalable du refus, sa dissimulation, consistant à refuser des renseignements permettant d'établir une commande précise, sont donc également incriminés par l'article 1° du décret. Dans le même sens, la loi Royer, dans son article 37-2°, oblige tout producteur à "communiquer à tout revendeur qui en fera la demande son barème de prix et ses conditions de vente".

481 Plus largement, à cette forme primaire de contrainte envers le client, la circulaire ministérielle du 31 mars 1960 (23)

(21) - Exemple Colmar 25 février 1972, D. 72, Som. 83 (refus de vente à un client noir).
(22) - J.H. Roche, J.C.I. com. Ventes commerciales, fasc. XXXIII A, Refus de fourniture, n° 49 .
(23) D. 60, législ. 124.

assimile au délit le fait de prétendre exécuter une commande, ne présentant aucun caractère anormal, à des conditions différentes de celles présentées par l'acheteur et inacceptables par celui-ci. La Chambre criminelle incrimine donc, à côté de la première forme du délit, le refus de "satisfaire à une des clauses substantielles de la transaction" (24), considérant, par exemple, le délit constitué en présence d'un refus d'assortir une livraison de vin, faite en vrac, des étiquettes correspondant à la mise en bouteille (25). La notion de clause substantielle s'apprécie, en ce cas, par référence à la volonté de l'acquéreur potentiel, le tribunal tenant compte de conditions de fourniture variées (26) : refus du prix demandé, de la quantité ou de l'importance de la marchandise, de l'apposition d'une marque ou de toute autre dénomination commerciale.

S'agissant généralement de relations entre professionnels, le caractère substantiel ou secondaire est le plus souvent présumé, compte tenu des habitudes et des usages du commerce, sans recherche subjective. La considération de la volonté du client est souvent masquée par le souci de l'égalité des concurrents, dans le texte des décisions, mais la référence à la qualité "substantielle" inclut nécessairement le premier de ces aspects. La liaison annoncée entre le refus de vente et l'usage de pratiques discriminatoires peut être ici très marquée. Si les conditions en sont remplies le délit de l'article 37 - 1 a de l'ordonnance 45 1483 du 30 juin 1945, réaffirmé par l'article 37 - 1 de la loi Royer, coexiste avec le refus de vente. La circulaire ministérielle du 15 février 1954 a souligné cette liaison (27).

La forme du refus prohibé compte peu puisque la contrainte peut être identique dans chaque hypothèse, de même que l'atteinte indirecte à la concurrence peut, chaque fois, être certaine. Les conditions exigées du refus limitent-elles la portée de la protection légale du client ?

---

(24) - Crim. 13 juillet 1961, D. 61, 525, Rapp. Costa.
(25) - Crim. 22 décembre 1969, Bull. crim. 357 - D. 70 - 108.
(26) - J.H. Roche, op. cit., n° 51 s.
(27) - J.H. Roche, J.C.L. com., Ventes commerciales, fasc. XXXIII B, Pratiques discriminatoires n° 5.

B - Les conditions du refus prohibé :

482 Le vendeur doit marquer un refus de satisfaire à la demande préalable "dans la mesure de ses disponibilités et dans des conditions conformes aux usages commerciaux", précise le décret.

1) La disponibilité de la marchandise :

483 La jurisprudence adopte la compréhension la plus large de la disponibilité qui peut, tout d'abord, être matérielle : les juridictions utilisant le critère dit de la "possibilité matérielle" de satisfaire la demande. Sont donc disponibles non seulement des marchandises en magasins ou entrepôts mais, également, toutes celles correspondant à une demande dont l'objet fait partie du commerce du professionnel (28). La circulaire du 30 mars 1960 a la même conception et, en réservant à l'entreprise le droit à un stock de sécurité, reprend les solutions jurisprudentielles excluant la justification du refus par de simples options, par une distinction entre la clientèle occasionnelle et la clientèle stable d'un commerçant. Il suffit que le commerçant soit en mesure de fabriquer ou de se procurer la marchandise demandée. L'indisponibilité matérielle peut justifier le refus lorsque la nécessaire liberté d'accès aux moyens d'approvisionnement se heurte aux intérêts vitaux de l'entreprise, la considération du second intérêt n'étant pas nécessairement antinomique au premier. Si le producteur, compte tenu de la qualité de la marchandise, ne peut matériellement, sans risque de rupture de stock, honorer toute nouvelle demande, alors qu'il doit faire face à la demande de sa clientèle habituelle, son refus est justifié (29). L'indisponibilité est admise lorsque la production est absorbée par la clientèle ancienne sans y opérer de discriminations arbitraires (30).

484 La disponibilité s'apprécie, ensuite, juridiquement et

---

(28) - Paris 7 février 1961, J.C.P. 61 II 12052, note R. Plaisant - D. 61 - 175, concl. J. Robin - S. 61 02 G.P. 61 - 1 170 et J.H. Roche, op. cit., n° 26 s.

(29) - Rouen 5 février 1971, D. 71, Som. 142 ; I.G.I. Paris 30 novembre 1972 et 18 janvier 1973, D. 73, Som. 60.

(30) Crim. 12 avril 1967, D. 67 433 G.P. 67.1.111.

suppose que l'objet de la demande puisse donner lieu à un contrat. Le décret du 24 juin 1958 n'effectue aucune distinction entre les diverses catégories de disponibilité. Or, l'indisponibilité juridique de la marchandise, invoquée à titre justificatif du refus, donne lieu à difficultés lorsqu'elle est le fait du fournisseur lui-même : en créant l'indisponibilité, il opère une discrimination entre ses clients alors que, de façon générale,ce droit lui est refusé. Il faut donc supposer, préalablement, que la situation juridique est née avant la demande et, ensuite, qu'elle ne résulte pas d'une volonté délibérée de forcer le client à acquérir un autre produit. En l'absence de dispositions légales, cette distinction est jurisprudentielle. La Cour de Paris a ainsi pu déclarer (31) "qu'il incombe au juge répressif d'apprécier dans chaque cas si le contrat... invoqué par le prévenu... est exempt de toute idée de fraude des droits des tiers, et ne procède pas de l'esprit de limitation volontaire de la concurrence que condamne la législation économique". Les termes de la décision contiennent l'orientation actuelle de la jurisprudence caractérisée par deux traits :

- La cause de l'indisponibilité est appréciée en conformité avec l'ordre public. Au cas de contrariété de cette cause avec l'ordre public économique, son auteur ne peut invoquer l'indisponibilité.

- La cause de l'indisponibilité ne doit pas résulter d'une volonté de limiter la concurrence. Ces termes jurisprudentiels dissimulent, en fait, la volonté de satisfaction du client final, le consommateur.

La solution n'a jamais été discutée dans l'hypothèse où la marchandise est indisponible car vendue à un autre acheteur (32) ou, encore, lorsque la commercialisation d'une marque de fabrique doit en protéger la notoriété (33). La destination normale du produit (la vente à l'usager) étant respectée, il n'y a pas lieu de reprocher au vendeur son attitude, la chose ne peut plus faire l'objet d'une nouvelle vente. Par contre, la difficulté est plus grande en ce qui concerne la concession exclusive : par hypothèse, elle suppose l'engagement de refuser la vente aux demandeurs qui ne sont pas concessionnaires.

---

(31) - Paris 7 février 1961, préc.
(32) - Obs. Robin, D. 61.p. 176.
(33) - Jean Guyénot, L'incidence du droit des marques de fabrique sur les pratiques commerciales d'exclusivité, D. 65, chron. 75 et crim. 13 juillet 1961, op. cit ; Comp.7 janvier 1969, J.C.P. 69 II 16121 note Prieur.

La jurisprudence, sous des conditions précises, admet, en ce cas, l'indisponibilité juridique de la marchandise. L'importance des situations concernées en fait une véritable dérogation au délit (34). Pour être constitué, le délit suppose, ensuite, un refus "dans les conditions conformes aux usages commerciaux".

2) La conformité du refus aux usages commerciaux :

485 L'exigence de la conformité du refus aux usages commerciaux date de 1958 et donne lieu, depuis, à controverses. S'agit-il, comme le déclare la circulaire ministérielle, non pas d'un élément constitutif du refus mais plutôt d'une forme du refus de fourniture ? "En définitive, énonce-t-elle, le texte doit être interprété comme érigeant en délit le fait de ne pas livrer conformément aux usages commerciaux". L'interprétation, soutenue par M. Hémard (35), est d'importance puisqu'elle conduit à étendre très largement et sévèrement le domaine de l'infraction. Doit-on, à l'inverse, considérer que l'addition de l'expression, en 1958, consiste en une restriction du domaine du délit en y ajoutant un élément supplémentaire (36) ? Les arguments opposés sont convaincants, la jurisprudence ne les départage pas nettement.

486 Nombre d'arrêts constatent, conformément à la circulaire ministérielle, que "cette référence ne concerne que la satisfaction de la demande par le vendeur. Elle ne s'étend pas à l'acheteur" (37). L'interprétation paraît être dominante mais elle peut supporter des exceptions d'importance dès lors que les usages commerciaux la justifient : "N'est-il pas conforme, dit M. le Conseiller Costa (38), aux

(34) - Infra n° 493 s.
(35) - D. 60, p. 568.
(36) - R. Plaisant et J. Lassier, Le décret du 24 juin 1958 modifiant certaines dispositions de l'ordonnance du 30 juin 1945 relative au maintien de la libre concurrence, Rev. Int. Prop. Ind., 1959, n° 36 et 37, p. 78, J.L. Delvolvé, Le refus de vente, p. 208.
(37) Crim. 24 juin 1958, D. 61, 528 et Paris 7 février 1961, préc.
(38) - D. 62, 498 et 499.

usages commerciaux de réserver, au moins par priorité, sa production aux clients habituels". Deux directions semblent autoriser des dérogations :

- L'intérêt du vendeur exige le refus de satisfaire la demande : l'hypothèse est celle de la nécessité du maintien du prestige d'une marque face au risque de gâchage des prix ou d'incompétence technique et professionnelle du revendeur à distribuer le produit (39).

- Le contrat de concession commerciale peut exclure le délit dès lors qu'il a pour objet essentiel l'amélioration du service rendu au consommateur (40).

Les usages jouent un double rôle : tantôt en faveur, tantôt en défaveur du commerçant vendeur, autant de manifestations de la "fonction régularisatrice des usages commerciaux" (41). Aucune des deux interprétations de cette condition du refus n'est donc à privilégier.

En l'absence de jurisprudence fournie, la solution ne peut être affirmée avec certitude. L'existence de ces quelques décisions démontre, cependant, la préoccupation essentielle des intérêts du client, souci délicat à concilier avec les intérêts du vendeur. Ce dernier a, cependant, la faculté d'invoquer des motifs justificatifs de son refus.

§ 3 : Les exceptions à l'illicéité de vente :

487 Les exceptions tiennent au fait de la victime du refus de vente, dont la demande est anormale ou de mauvaise foi, ainsi qu'à la considération de l'intérêt supérieur du public. Quelle est leur signification ?

---

(39) - Crim. 13 juillet 1961, préc. ; comp : Com. 7 janvier 1969, préc.
(40) - Crim. 11 juillet 1962, préc. ; Contra : Crim. 21 mars 1972, D. 73, J. 677, note Th. Ivainer.
(41) - Guyenot, D. 70, J. 110, sous Crim. 22 décembre 1969.

A - Les exceptions tenant au fait de la victime :

468 Par son fait, la victime du refus est considérée, à l'instar des vices du consentement comme inexcusable, situation la privant de la protection légale édictée par le décret du 24 juin 1958 dans deux hypothèses :

1) La demande anormale :

469 Elément objectif caractérisant le refus licite, le caractère anormal s'apprécie d'après la circulaire ministérielle, selon quatre considérations. Sur ces points, la circulaire apparaît complète et réaliste, précisant souvent à l'appui de ses dires les hypothèses pratiques concernées. Or, la pertinence du texte apparaît d'autant plus que ses termes sont largement respectés par la jurisprudence :

- Demande anormale en égard aux besoins réels du demandeur ou à l'importance habituelle des livraisons du vendeur. Le refus est licite face à une demande qui dépasse les possibilités financières du client ou de production de l'entreprise mais, également, si la demande est de trop faible importance bien que la pratique montre la difficulté de fixer le seuil de la normalité. La demande peut aussi être anormale pour un acheteur qui passe une première commande, uniquement pour tester un produit (42).

- Demande anormale du fait des modalités particulières de livraison demandées par l'acheteur et ne correspondant pas à celles habituellement consenties par le vendeur comme, par exemple, le conditionnement, les horaires de livraison, les modalités de paiement.

Demande anormale du fait de la qualité du demandeur : la catégorie est celle qui, de loin, donne lieu au maximum de controverses. Le vendeur veut écarter la demande de l'acquéreur en lui opposant son manque de compétence, son inaptitude à commercialiser le produit. Le bien de grande diffusion ne nécessitant pas une compétence technique et professionnelle particulière ne peut être l'objet d'un refus de vente pour

(42) - Crim. 9 janvier 1963, D. 63,206, note L.L. et après 2° cass : Amiens 17 juin 1965, R.D.C. 66, 370, n° 6 et Roche, fasc. préc. n° 72 à 74.

ce motif. Ainsi, à l'occasion de la vente d'électrophones d'un modèle courant, la Cour d'Appel de renvoi (43) constate-t-elle leur caractère populaire, leur simplicité et l'absence de nécessité d'un service après vente ou d'un personnel spécialisé, pour déclarer normale la demande du revendeur. Les grandes surfaces sont évidemment intéressées au maintien d'une telle jurisprudence (44) que la circulaire de 1960 subordonne à deux conditions :

1) Les conditions d'aptitude, de qualification, de compétence professionnelles lorsqu'elles sont exigées, doivent l'être de tout revendeur sans exception.

2) Elles doivent répondre à un besoin incontestable en raison des caractéristiques du produit vendu ou des conditions de son utilisation.

- Demande anormale du fait des conditions d'installation du demandeur. Les moyens ou installations nécessaires à la commercialisation du produit font défaut; en ce cas, le refus est justifié par la sauvegarde de la marque ou des intérêts du vendeur. Est ainsi sanctionné le refus du vendeur de répondre à la demande d'achat par un supermarché de sous-vêtements, faite normalement et sans mauvaise foi, alors que le client dispose des moyens de procéder à des essayages et d'une vendeuse qualifiée (45). Les produits de luxe offrent, souvent, l'exemple de dérogations aux sanctions du refus de vente car il est admis qu'ils nécessitent un cadre approprié et un personnel qualifié.

490 Les situations sont variées et l'esprit de la circulaire, par son équité, est suffisamment respecté en jurisprudence. Plus délicate est la fixation du critère du caractère anormal de la demande. En d'autres termes, quelle est la liberté d'appréciation du vendeur ? M. Plaisant souligne (46) que "le commerçant est libre de fixer comme

---

(43) - Grenoble 25 avril 1963, J.C.P. 63 éd. C.I., 73303 ; Crim. 22 oct. 1964, J.C.P. 65 II, 14160, 1° esp., note J. Hémard.
(44) - Remarques H. Cosnard, Le refus de vente, Droit social 1961, Chron. p. 515.
(45) - T.G.I. Paris 30 novembre 1972, D. 73, Som. 60.
(46) - Note sous Paris 7 février 1961, préc.

il lui convient les conditions de son offre : la liberté du commerce, la liberté des contrats l'y autorisent...". Sous réserve de l'abus de droit il peut donc formuler toute condition nécessaire à la protection de ses intérêts commerciaux. La remarque est exacte mais ses termes ne doivent pas tromper. La liberté du professionnel subit une limite qui se caractérise doublement :

Le commerçant ne fait que fixer son cadre général d'action à l'intérieur duquel il est tenu dans la limite de ses disponibilités. N'est donc pas anormale une demande qui entre dans une catégorie qu'il a lui-même fixée comme normale, sans pouvoir accorder aux divers éléments des traitements différents. Doit être cassée la décision de relaxe fondée sur l'inaptitude du demandeur sans avoir, en particulier, "constaté si le prévenu avait requis de ses autres revendeurs les mêmes conditions d'aptitude, de qualification et de compétence professionnelles" (47), sans préjudice d'ailleurs du délit d'usage de pratiques discriminatoires.

- La jurisprudence définit une commande type normale appréciée par rapport aux usages commerciaux. La référence faite par le décret du 24 juin 1958 aux usages concerne, également, l'attitude du demandeur comme celle du vendeur. La circulaire vise, par exemple, le cas "des produits de luxe, constituant des articles de prestige, de haute mode ou de création, qui exigent d'être présentés dans des établissements disposant d'un cadre approprié et d'un personnel de vente particulièrement qualifié".

La normalité de la demande joue tantôt en faveur, tantôt à l'encontre du vendeur et la référence aux usages commerciaux est, à cet égard, neutre. A priori, l'intérêt du seul vendeur intervient dans la fixation du caractère normal de la demande. Déterminant le contenu de l'offre, il a le droit de considérer ses propres intérêts sans que l'idée de concurrence en modifie le contenu. Cependant, l'usage commercial ou les nécessités du demandeur, permettent d'atténuer l'inévitable incertitude de la formule légale mais leur appréciation reste purement objective.

(47) Crim. 13 juillet 1961, préc.

2) La mauvaise foi du demandeur :

491 Critère subjectif, la mauvaise foi correspond à l'introduction de la morale dans le droit, sans être totalement en contrariété avec l'idée de vice du consentement : la victime est inexcusable. La circulaire ministérielle ne peut, évidemment, fixer avec précision une notion aussi impalpable. Elle la définit, fort classiquement, comme l'intention de nuire au vendeur, se contentant d'en donner quelques applications au refus de vente : est de mauvaise foi le revendeur acquérant un produit en le dénigrant et le comparant à un autre bien dont il veut pousser la vente, ou, encore, pratiquant systématiquement la vente à perte. Par contre, n'est pas de mauvaise foi l'acheteur dont la solvabilité peut apparaître douteuse par ses demandes de reports d'échéances ou par des renseignements recueillis dès lors qu'il propose un paiement immédiat ou fournit des garanties suffisantes. Cette dernière précision contredit la définition large de la mauvaise foi de la Cour de Bordeaux, le 11 juillet 1960 (48), qui parle d'utilisation de "méthodes commerciales non conformes aux usages commerciaux". Il est vrai que le refus du règlement à terme ou du règlement comptant avec l'escompte habituel constituerait, dans une telle hypothèse, l'usage de conditions discriminatoires de vente.

Le juge s'en tient à l'esprit de la circulaire et considère, par exemple, que la simple obstination d'un client ne suffit pas à caractériser sa mauvaise foi (49), que le refus est illicite dès lors que la vente à perte envisagée par le demandeur n'a pour but et résultat de porter préjudice au prévenu (50) ou dès lors que le véhicule demandé est destiné à l'usage de taxi, situation qui ne porte pas atteinte au renom de la marque considérée (51). C'est, à nouveau, l'atteinte aux intérêts du vendeur qui détermine la bonne foi du demandeur. Lorsque l'intention de nuire au vendeur est démontrée, le délit peut être constitué. Le comportement inhabituel du commerçant ne per-

---

(48) - J.C.P. 60 II 11675, note Guérin.
(49) - Paris 1° mars 1967, J.C.P. 67 II 15138, note H. Guérin - D. 68, Som. 7.
(50) - T. corr. Lyon 18 mai 1960, J.C.P. 60 II 11635, note H. Guérin.
(51) - T.G.I. Seine 16 octobre 1960, D. 60,771.

met pas de le considérer de bonne foi. Il en est ainsi au cas de commandes, dans des conditions suspectes, sans signature (52). Est de mauvaise foi un détaillant de matériel de photographie faisant figurer des caméras dans un catalogue,diffusé dans le public avant toute commande à l'importateur, alors que les prix proposés sont inférieurs aux prix de facturation du fournisseur (53).

492 M. Plaisant a critiqué cette conception de la mauvaise foi qu'il juge étroite et vague et préfère assimiler au demandeur de mauvaise foi celui qui demande au fournisseur "des conditions telles qu'il est porté atteinte au système de commercialisation établi par le vendeur" (54). Certes, la jurisprudence actuelle manque de clarté mais elle refuse le rattachement aussi strict du refus de vente à la concurrence déloyale et, à côté de cette conception économique du délit, coexistent des considérations de protection du consentement de la victime, limitées mais réelles.

Ainsi, la mauvaise foi du demandeur doit-elle exister à l'égard du prévenu sans que celui-ci soit autorisé à invoquer l'attitude du client en d'autres circonstances, dans ses rapports avec des tiers. La contrainte résultant du refus de vente s'exerce directement entre un vendeur et un acquéreur, dans le cadre d'un contrat donné.La mauvaise foi ne joue son rôle négatif que lorsqu'elle s'exerce réellement : c'est pourquoi elle doit aussi exister au moment où le vendeur refuse la commande (55). Cette conception du rôle de la mauvaise foi ne doit pourtant pas être exagérée : elle conduit à une meilleure perception de l'intégrité du consentement mais indirectement. L'objectif premier est, avant tout, par ces conditions, de protéger les intérêts du vendeur contre des actes déloyaux.

Le vendeur qui ne peut invoquer le fait de la victime du refus peut encore échapper à la sanction pénale lorsqu'un contrat de concession exclusive le lie à un revendeur.

---

(52) - Crim. 1° juin 1967 in Roche, op. cit., n° 89.
(53) - Com. 10 octobre 1973, D. 74, J. 60.
(54) - Plaisant, note sous Paris 7 février 1961, préc.
(55) - Crim. 13 juillet 1961, préc.

B - Les exceptions tenant à l'intérêt supérieur du consommateur : les concessions exclusives :

493 Les conventions d'exclusivité concernées sont celles qui réservent à un client les productions d'un fabricant. Cette forme contractuelle sauvegarde les intérêts de chaque partie, protège l'acheteur contre une concurrence trop forte et assure au fabricant l'organisation d'un réseau de distribution actif. Pour l'usager, la concession peut être "la meilleure et la pire des choses" car elle repose essentiellement sur le refus de vente du producteur aux concurrents du client. Le texte du décret paraît l'interdire dans la mesure où le produit est disponible. Les exigences de la pratique, démontrées par la jurisprudence, ont conduit la circulaire du 15 février 1954 puis celle du 30 mars 1960 à subordonner la validité du refus de vente pour indisponibilité juridique, du fait de la concession, à deux conditions :

- Les contractants doivent avoir réciproquement limité leur propre liberté commerciale et la zone d'activité du concessionnaire doit être exactement délimitée.

- L'ensemble des clauses, même secondaires, du contrat doit avoir essentiellement pour objet d'assurer une amélioration du service rendu au consommateur.

Le texte rappelle, en outre, que le contrat de concession ne peut, à peine de nullité, autoriser l'usage de prix imposés, même implicitement ou, plus largement, limiter le droit du concessionnaire de fixer le meilleur prix.

494 La jurisprudence, consciente du bien-fondé de cette dérogation, a quelque peu élargi le critère administratif. L'indisponibilité juridique, doublée d'une conformité du refus aux usages commerciaux, se justifie par le contrat de concession. Celui-ci, déclare la Chambre criminelle, dans l'affaire Brandt (56), rend "juridiquement indisponible à l'égard des tiers la marchandise détenue par le vendeur" constituant "dans le commerce de produits requérant une haute technicité

---

(56) - Cass. crim. 11 juillet 1962, J.C.P. 62 II 12799 - S. 1962,219 - D. 62,497, rapp. Costa ; Ripert et Roblot, n° 482.

ou de marchandises de haute qualité, un usage commercial au sens de l'article 37-1° a". Il n'est donc pas exclu que l'usage fonde à lui seul la validité du refus. L'incertitude règne, cependant, trop souvent, en jurisprudence, sur le contenu des conditions exigées des conventions opposées à une demande d'achat.

495 L'exigence de la limitation réciproque de la liberté commerciale est toujours posée. Ainsi, la concession d'un service (insertion publicitaire dans un ouvrage) exclusivement à un seul client ne peut-elle constituer le refus de vente aux autres demandeurs dès lors que, par le contrat dont-il s'agit, le vendeur a cédé à un seul client l'intégralité de ce qu'il a à vendre (57). L'arrêt Seneclauze du 21 mars 1972 (58) trouble quelque peu cette première condition. En l'espèce Seneclauze, société de distribution, se trouve liée à un concessionnaire, Morin, en lui conférant l'exclusivité de la vente sans marque d'un vin de 12° pour une zone déterminée dans les conditions créant des liens réciproques limitatifs de liberté entre les parties : en effet, Seneclauze interdit au concessionnaire de vendre un autre vin de même qualité et de même titre dans son secteur tout en s'interdisant la commercialisation de son produit dans le secteur concédé. Sollicité par un autre revendeur, Lacomte, Seneclauze n'accepte de lui vendre qu'aux mêmes conditions qu'à Morin, l'obligeant, notamment, à respecter la concession de Morin en s'interdisant de vendre le produit, directement ou indirectement, dans la zone de la première concession. La Cour Suprême casse la décision de la Cour d'Appel qui, pour légitimer un refus de vente, déclare que le contrat de concession exclusive tendait à l'amélioration du service rendu au consommateur et "qu'en conséquence" il était exempt de toute idée de fraude des droits des tiers et n'avait pas pour objet de provoquer une limitation volontaire de la concurrence sans, entre autres, répondre aux conclusions de la Direction du Commerce Intérieur et des Prix qui faisaient valoir que la répercussion des clauses du contrat de concession exclusive, à tous les échelons de la distribution, aboutissait à une protection territoriale absolue et à la suppression totale de la concurrence au

(57) - Rouen 5 février 1971, D. 71, Som. 142.
(58) - Crim. 21 mars 1972, D. 72, J. 677, note Th. Ivainer.

profit d'un réseau de distribution. La conception de la Chambre criminelle est critiquable car elle considère comme la suppression totale et absolue de la concurrence des agissements qui ne sont, en fait, de la part du concédant, que des mesures internes et externes tendant à faire respecter la zone créée et délimitée. L'idée est dangereuse puisqu'elle peut nuire à une grande partie des concessions actuelles.

496 La seconde condition est l'exigence du service rendu aux consommateurs. La Cour d'Amiens, dans son arrêt du 9 mai 1963 (59) réfute ainsi la validité du refus de vente par suite d'une concession exclusive ayant pour objectif essentiel d'écarter un revendeur pratiquant habituellement des rabais. Comme le souligne la circulaire du 30 mars 1960, le contrat ne peut, non plus, autoriser le vendeur à imposer une fixation du prix : la concession peut justifier le refus "s'il est établi que ledit contrat n'a pas pour objet ou pour effet, même indirect, de limiter la liberté du concessionnaire de fixer lui-même, comme il l'entend, le prix de vente du produit mais qu'il tend, au contraire, essentiellement à assurer une amélioration du service rendu au consommateur" (60).

L'arrêt Seneclauze ajoute une précision nouvelle : le refus doit être justifié par l'absence de technicité particulière du revendeur à commercialiser le produit au mieux des intérêts du consommateur. Or, cette condition peut être entendue comme aggravant les conditions d'application de l'article 37 : le vendeur doit pouvoir démontrer que l'incompétence technique du demandeur exclut la satisfaction du consommateur.

497 Enfin, il est permis de s'interroger sur la certitude de l'existence d'une troisième condition : la nécessité d'une certaine qualité du produit. L'arrêt Brandt exige que le contrat de concession exclusive porte sur des produits requérant une haute technicité ou des

---

(59) - Préc.
(60) - Crim. 22 octobre 1964, Brunel, D. 64,753, note JLC - J.C.P. 65 II 14160, note Hémard.

marchandises de haute qualité. L'arrêt Brasseries Dumesnil (61) supprime expressément cette condition que la jurisprudence ultérieure ne reprend pas. Indirectement l'arrêt Seneclauze y revient en reprochant à la Cour d'Appel de ne pas avoir constaté l'absence de haute qualité du produit (vin), n'exigeant pas du revendeur une technicité particulière...

498 Dans l'intérêt du commerce, il est à souhaiter que l'arrêt Seneclauze n'ait pas de suites jurisprudentielles. L'exigence de la troisième condition n'apparaît pas justifiée dans la mesure où la concession rend, par ailleurs, un service au consommateur. Trois conditions suffisent à valider le refus de vente en présence de la concession :

- Absence de fraude ou de contrariété à l'ordre public.

- Limitation réciproque par les parties de leur liberté commerciale tout en leur reconnaissant le droit de défendre leur zone d'exclusivité dans les limites raisonnables de l'article 39 ter de l'ordonnance du 30 juin 1945 n'admettant d'obstacles à la libre concurrence que ceux qui ont pour effet d'assurer le développement du progrès économique, notamment par l'accroissement de la production.

- Amélioration du service rendu au consommateur, condition pouvant être appréciée par référence à la qualité du produit.

499 Technique concurrentielle, la concession exclusive peut entrer "en contact" avec le délit de refus de vente mais leur conciliation, à l'énoncé de ces trois conditions, est tout à fait possible dès lors que la primauté du respect des intérêts du consommateur s'applique à la concession. La jurisprudence majoritaire semble s'engager heureusement dans cette voie tout en ajoutant aux limites de l'article 37, celle, éventuelle, de l'article 59 ter sans qu'à lui seul, ce dernier texte justifie la validité de la concession au regard du premie

500 Aussi étendues que puissent sembler ces dérogations, elle n'excluent pas la généralité du délit et imposent au professionnel la

(61) - Paris 28 avril 1966, D. 67,373.

preuve de leur réalité. La sévérité de la situation du vendeur est, par contre, atténuée par des considérations pratiques. Certes, l'incrimination donne lieu à de très nombreuses applications pratiques et l'Administration est fréquemment saisie mais la transaction est d'usage quasi systématique, expliquant, ainsi, la faiblesse de la jurisprudence. Cette constatation s'explique, également, par l'impossibilité pour la victime de saisir la juridiction pénale. La considération des intérêts du consommateur est pourtant toujours présente dans l'appréciation des éléments du délit, ceci en dualité avec des considérations économiques. Cette coexistence montre que l'infraction est le point de rencontre du système juridique de protection de la concurrence et de celui de sauvegarde du consentement puisqu'il suffit de constater qu'en l'absence de délit, la contrainte serait aisée à exercer. Pour partie, le maintien de l'infraction résulte de la volonté d'éviter l'exploitation d'un état de besoin pour le vendeur ; réciproquement, il n'y a pas eu lieu de créer un délit de refus d'achat contre l'acquéreur. La jurisprudence recourt à la notion d'abus de relations d'affaires pour éviter l'exploitation abusive d'une situation par l'acquéreur.

501 Si la sanction du refus de satisfaire les besoins de l'acheteur ne protège le contractant qu'indirectement, par le droit de la concurrence, la considération du consentement lésé est plus évidente dans le contrôle des démarches agressives à l'achat. Les sollicitations agressives dans la rue sont encore sanctionnées, certes, compte tenu de leur effet sur la concurrence mais l'idée de protection des parties est puissante. Elle est, surtout, exclusive lorsque l'agressivité de la vente s'exerce par correspondance ou au domicile du client. Cette répartition souligne l'unité de la législation. Plus les conditions de la vente sont inhabituelles, dans le lieu comme dans le mode d'exercice, moins l'agressivité commerciale est admise. Comme pour tout vice du consentement, ce choix, qui implique un sacrifice d'intérêts, introduit dans la contrainte la condition d'excusabilité. Une vigilance normale est requise de tout contractant. L'acquéreur est en faute de ne pas la révéler lorsque le commerce s'exerce dans des conditions normales. Parallèlement, il y a faute du commerçant à profiter de la confiance légitime de l'acquéreur, à abuser d'une situation.

502 L'abus commis par cette exploitation d'une situation donnée est l'idée qui procède à l'élaboration de la sanction spécifique des formes particulières de contrainte. La jurisprudence a rapidement fixé les limites de la protection contre la contrainte par la théorie des vices du consentement : la violence, par ses conditions légales, notamment sa nécessaire gravité et l'exclusion de la sanction de la violence des évènements, ne peut qu'être d'application limitée. La doctrine propose vainement l'admission de l'état de nécessité qu'aucun texte n'autorise : le juge en est réduit à étendre autant que possible, mais pour des résultats limités, la sanction de la lésion.

C'est en vain que des formes spécifiques de protection peuvent être trouvées dans une théorie du contrat d'adhésion, tout au plus la jurisprudence admet-elle une compréhension plus favorable du droit des obligations en faveur de l'adhérent.

A ce premier stade, la protection contre la contrainte se voit limitée par les incidences délictuelles de la violence, plus souvent conçue dans la personne de son auteur que de sa victime. Le législateur répond à cette carence par la création de textes au domaine restreint mais particulièrement adaptés aux exigences de la vie commerciale.

Si la sanction des démarches agressives à l'achat ou de la fixation contraignante des conditions du contrat paraît satisfaisante, c'est qu'il s'y ajoute un facteur complémentaire : la victime, directe le plus fréquemment, est le consommateur, qui, en tant que tel, place une certaine confiance dans le vendeur professionnel. Ce souci disparaît dans les relations entre professionnels : la sanction de l'abus de situation créateur de contrainte ne peut, compte tenu des exigences de la concurrence et de la liberté commerciale y être systématique.

CONCLUSION

503 L'application de la théorie des vices du consentement à la vente commerciale appelle deux remarques essentielles. Les textes du code civil qui la sanctionnent sont peu utilisés. En conséquence, le législateur est intervenu pour créer un système de protection du contractant propre à ce type de contrat.

504 1) L'étude de la jurisprudence démontre, à l'évidence, la faiblesse, en valeur relative, de la fréquence de la sanction de l'erreur, du dol et de la violence. Il convient d'y voir l'expression d'un effet de rejet, par le droit commercial, d'une législation spécifiquement civile. Le refus n'est pas homogène et varie en intensité pour chacun des trois vices en raison de facteurs juridiques leur étant propres.

Objectivement et s'il était possible de quantifier le rendement social de chaque texte, le classement de la sanction des trois vices, par ordre croissant d'efficacité dans la vente commerciale, serait le suivant : violence, erreur et enfin dol sans que, pour l'ensemble, le résultat pratique puisse être qualifié de remarquable. Ce constat de demi échec tient tant aux limites intrinsèques qu'à des barrières d'application extrinsèques issues, en l'occurrence, de son environnement commercial.

505 Des trois textes de 1804 relatifs aux vices du consentement, l'article 1112 du code civil concernant la violence dans la conclusion des contrats est certainement le moins fréquemment invoqué dans la vente commerciale. La protection ainsi assurée contre la contrainte contient, en elle-même, les raisons de son défaut d'application. Certes, l'appréciation in concreto du caractère déterminant du vice milite en faveur de la victime, mais sa nécessaire gravité lui ôte toute protection : l'inexistence dans les rapports commerciaux de la violence brutale, pratiquement seule sanctionnée, exclut l'application du texte à l'usage de procédés de vente "simplement agressifs" ou aux abus nés de l'exploitation d'une situation donnée, sans que la sanction de la lésion du contrat puisse agir en faveur de la victime. Enfin, la condition relative à son origine, sévèrement comprise en jurisprudence, compte tenu de la nécessaire stabilité des relations commerciales ou du respect de la bonne foi du cocontractant, n'autorise pas l'admission, pourtant concevable, de la sanction de la violence des évènements.

Par ordre croissant d'efficience se place ensuite l'article 1110 du code civil relatif à l'erreur simple dont la structure juridique appliquée à la vente commerciale consiste, pour l'essentiel, dans la distinction entre erreurs admises et erreurs non admises. Aussi contestable qu'apparaisse parfois la catégorie des erreurs refusées, sur la valeur ou sur la personne, elle est, malgré quelques assouplissements marginaux, certaine en jurisprudence. A l'inverse, le domaine de l'erreur admise est singulièrement restreint par l'existence de conditions juridiques qui, sans être propres au commerce, y sont particulièrement renforcées par la fonction sociale de l'article 1110 du code civil, instrument de moralisation de la vie des affaires influencé par les exigences de stabilité des rapports juridiques. Malgré sa fréquence et sa variété, l'erreur sur la substance, erreur-type dans la vente commerciale, ne s'y voit donc pas généralement sanctionnée.

Le dol est, enfin, le plus souvent invoqué pour permettre, sur la base de l'article 1116 du code civil, d'atteindre l'erreur du contractant. L'utilité du texte, comparée à celle de l'article 1110

du code civil, est évidente dans la mesure où l'existence de l'élément moral : la déloyauté de l'auteur des agissements, accorde au texte un domaine illimité. Toute erreur provoquée peut être sanctionnée. Matériellement, le délit civil se réalise aisément compte tenu de la vaste compréhension jurisprudentielle de la notion de manoeuvre. A l'instar de l'escroquerie, singularisée par sa gravité, le dol est un moyen de création fausse ou d'exploitation abusive d'une confiance légitime ; comme tel, et dès lors que les conditions tenant à sa gravité ou son origine sont réunies, il apparaît aisément sanctionnable. Néanmoins, dans la vente commerciale, la liberté d'action du contractant se trouve, aux dépens de la victime trompée, en grande partie recouvrée par l'exigence de conditions telles que le caractère déterminant de l'erreur mais, aussi, par l'admission du dolus bonus : le dol digne de sanction doit nécessairement ne pas être toléré. Délicate et contestable, malgré une régression marquée, la tolérance reste vivace et imprime sa marque à l'ensemble de la législation commerciale.

506 A ces facteurs juridiques, propres à chacun des trois risques qu'encourt le consentement, s'ajoutent des limites extrinsèques résultant de l'environnement juridique, de leur domaine d'application.

Le droit civil, dans le cadre de la théorie, n'admet jamais que toute erreur ou toute crainte du contractant doive donner lieu à réparation. La sécurité juridique et, éventuellement, la bonne foi de l'autre partie s'opposent à une protection absolue de la victime. La vie commerciale amplifie considérablement ces exigences dont le juge consulaire se fait aisément le porte-parole : non seulement le vice ne peut être le prétexte du débiteur à échapper à ses obligations mais encore est-il, notamment par le biais de la condition d'excusabilité, sacrifié dans ses intérêts au profit de l'autre partie lorsque l'atteinte au consentement ne paraît pas suffisamment caractérisée dans l'esprit du juge. La sécurité juridique y est, ensuite, particulièrement impérieuse, ne serait ce que par la rapidité des transactions commerciales ; la sanction totale des vices du consentement constituerait la négation du commerce lui-même.

507 Les limites, intrinsèques ou extrinsèques, d'application de la théorie des vices du consentement à la vente commerciale ne conduisent pourtant pas l'observateur à un constat d'échec de la législation civile. Globalement, si son utilisation n'est pas fréquente, elle révèle certaines constantes propres à la vie commerciale. Ces tendances conduisent à une restriction automatique de la protection que, logiquement, la victime peut espérer mais cet effet résulte de la considération d'intérêts jugés supérieurs.

Cette mise en échec de la protection du contractant résulte, tout d'abord, de la volonté judiciaire de moralisation des rapports commerciaux. Ainsi, dans la vente commerciale, le juge généralise-t-il la condition d'excusabilité de la victime : le vice ne peut offrir au contractant prétexte à échapper à ses obligations. La sanction a une fonction sociale qui consiste non seulement à protéger le consentement mais, aussi, à sanctionner une faute commise. Particulièrement net à l'occasion du dol, cet aspect existe également dans l'erreur ou la contrainte. De la sorte, la condition d'excusabilité et, plus généralement, le contenu délictuel de tout vice du consentement atténuent, par la référence à des évènements ou des éléments extérieurs au consentement, la protection de la victime. Pourtant, paradoxalement, le refus de sanction de l'exploitation abusive d'une situation va à l'encontre de cette orientation.

Un raisonnement indentique conduit, ensuite, le juge à objectiviser son appréciation de l'atteinte portée à l'intégrité du consentement, attitude caractéristique et systématisée dans la vente commerciale. La tendance part de l'appréciation du caractère déterminant du vice en recourant à des critères préétablis. Ces éléments de référence peuvent être matériels et concerner, par exemple, l'objet de la vente, son prix ou les conditions de passation de l'acte. Par l'utilisation parallèle de critères personnels tenant à la qualité des contractants, le magistrat est arrivé à la création de véritables présomptions. La première est favorable au contractant et concerne le consommateur qui se voit généreusement accorder le pardon de son ignorance ou de sa faiblesse. La seconde pèse sur le professionnel de la fabrication ou de la vente qui, dans ses rapports avec le consommateur, est suspecté a priori d'exploiter abusivement des connaissances et des

moyens présumés supérieurs. Conduisant cette logique à ses confins, la jurisprudence exclut, en principe, le jeu de telles présomptions lorsque l'acte met en présence des catégories identiques, ou supposées telles, de contractants.

Quelle que soit l'opportunité de ces orientations, leur résultat indéniable est l'atténuation de la protection objective du consentement au profit d'intérêts jugés supérieurs. Le législateur, répondant à ce procès verbal de carence, est intervenu.

508 2) Le législateur s'est judicieusement gardé de modifier la construction civile par la création, en droit commercial, de textes correspondant aux articles 1110, 1111 et 1116 du code civil. Son action consiste à combler les lacunes du système de droit commun dont l'application à la matière commerciale, pour fragmentaire qu'elle soit, n'en est pas moins utile. Aussi, instaure-t-il des règles de protection du consentement pouvant être qualifiées, cas par cas, soit de règles complémentaires, s'ajoutant simplement au texte civil correspondant, soit, plus énergiquement, de règles de substitution destinées à écarter le jeu de la théorie classique.

Or, si l'action législative consiste dans la volonté de pallier l'inadéquation d'un texte civil, et en la supposant relativement cohérente, les techniques générales, complémentaires ou de remplacement, doivent être d'autant plus nombreuses que la sanction civile du vice est inadaptée. Plus conséquente en ce qui concerne la protection contre la contrainte, l'intervention législative serait donc moindre dans le cadre, par exemple, de la déloyauté. Le recensement des textes légaux ou réglementaires, pour chaque risque commercial, dément cette supposition logique.

L'action législative est, en effet, modifiée par divers paramètres qui la ralentissent ou l'accélèrent : bien évidemment juste, la protection du consentement n'est pourtant pas un impératif absolu.

Plus que le magistrat, le législateur cède à des contraintes particulières au commerce dont la plus vivace est la liberté de la concurrence. Celle-ci s'oppose, généralement, à la protection du contractant : sans détruire l'idée même de commerce, les pouvoirs

publics ne peuvent nier au professionnel de la vente le droit d'acquérir ou de maintenir une clientèle par des moyens supposant, nécessairement, une part plus ou moins limitée de tromperie ou de contrainte. A l'inverse, la sauvegarde du consentement se doit de mettre à l'actif du droit de la concurrence l'existence de nombreux textes qui ont pour conséquence de protéger le contractant lésé par ces abus de la liberté du commerce.

La mise en place de textes soutenant le système classique est, enfin, ralentie par des considérations d'équité. Lorsque la bonne foi du cocontractant peut être sacrifiée par la sauvegarde de l'intégrité du consentement de la victime du vice, le législateur hésite à intervenir. C'est en ce sens que peut, par exemple, être expliqué le contenu actuel de l'obligation de renseignement. Cependant, l'importance de ce facteur n'est pas fondamentale. Le système, actuellement en voie de création, traduit un déséquilibre croissant en faveur du particulier. Le professionnel voit mettre à sa charge des obligations exorbitantes et se sent marqué, a priori, d'une suspicion parfois injuste.

Le sort réservé au professionnel de la vente établit, peu à peu, un véritable statut lui étant largement défavorable. En effet, l'intéressé ne voit pas sa liberté d'action,dans ses rapports avec le consommateur, simplement limitée ; le législateur, suivant le magistrat, l'oblige à garantir de façon absolue, envers le public, le contenu, la qualité et la mise en oeuvre saine de sa prestation. Or, malgré le mécontentement des intéressés, le législateur et le juge ne veulent pas renoncer à ce choix.

509 Ainsi perturbée, l'action des pouvoirs publics présente, malgré tout, une homogénéité que traduisent des caractères communs. Les textes créés sont impératifs et techniques. La nécessité de la protection du consentement étant comprise, le législateur veut tout d'abord, l'assurer par la pénalisation systématique des sanctions. Paradoxalement, l'efficacité du procédé, compte tenu de la gravité des peines, est souvent à nuancer. Matériellement, ensuite, le législateur multiplie, au risque de les faire se chevaucher, les incriminations. Aussi, dans un souci d'efficacité, le même fait est-il

fréquemment susceptible de plusieurs qualifications, constatation qui ne facilite pas la tâche du juge dans sa recherche du texte le plus adéquat à répondre à une situation donnée.

La technicité des interventions légales ou réglementaires apparaît, enfin, remarquable. Nombreux, les textes sont très précis quant à leur domaine d'application, aux conditions de mise en oeuvre et aux sanctions encourues. A la généralité de trois textes du Code civil fait place un contrôle des risques commerciaux d'erreur, de déloyauté ou de contrainte, issu d'une conception technocratique du droit. Les agissements, même mineurs ou les plus sophistiqués peuvent ainsi être déjoués car à cette précision s'ajoute l'actualisation constante d'un contrôle légal ou réglementaire, éminemment pragmatique, ne conférant au juge qu'un pouvoir minimal d'appréciation.

510 Pour l'avenir, l'évolution ainsi conduite ne peut être considérée comme achevée car le système actuel n'est pas complet mais, aussi, parce qu'elle s'adapte constamment aux exigences protectrices du consentement. Le choix législatif revient à agir "en douceur" plu tôt que de créer révolutionnairement trois textes propres aux risques commerciaux pesant sur le contractant. L'application pratique, par la faiblesse des poursuites face à la multiplicité des infractions, laisse, malheureusement, à désirer, ôtant une grande portée à la meilleure législation. Au plan théorique, cependant, ce choix doit être approuvé car il correspond mieux à la vie commerciale dévoilant des formes de vices sans cesse renouvelées.

Le législateur doit donc conserver la structure civile : erreur, dol et violence mais, comme il le fait, continuer à modidier le contenu de chaque catégorie. La protection contre l'erreur doit s'orienter vers la généralisation de la prévention du vice, solution qui suppose de ne pas limiter exagérément, comme le suggère le droit positif, la sanction de l'erreur réalisée. La déloyauté, quant à elle, est de plus en plus sanctionnée directement et le dol n'est pas tant l'erreur provoquée que la faute qui crée le vice : ainsi, le contrôle s'exerce-t-il sur des procédés de plus en plus subtils de tromperie en raison du risque qu'ils créent mais, aussi, de l'immoralité du

procédé. La contrainte, notion récente, est plus fréquemment sanctionnée sous le couvert du concept de vente agressive, permettant d'atteindre des procédés relativement légers de contrainte : à l'extrême, la contrainte se confond, dans une marge assez floue, avec la déloyauté.

Parallèlement, le contractant-consommateur voit l'amélioration de son sort se poursuivre. Le législateur, aidé du juge, crée, du point de vue du consentement, deux catégories de ventes commerciales où la force des présomptions est particulière :

- Les ventes conclues entre professionnels font, de moins en moins, l'objet de son attention. Ayant un devoir de vigilance de ses intérêts lorsqu'il contracte avec une personne supposée être son égale, il ne peut espérer d'intervention en sa faveur, en dehors du droit de la concurrence. Il est à noter que l'automatisme de la présomption revêt, souvent, dans les faits, un aspect inique ; elle demeure pourtant certaine.

- Les ventes conclues entre un consommateur et un professionnel voient se développer à leur endroit un statut propre à chacun de ses contractants. Il était certes nécessaire de compenser le trop ancien déséquilibre existant aux dépens du consommateur mais, actuellement, l'excès devient souvent inverse. L'idée de confiance légitime placée par le consommateur dans le professionnel explique la création d'une obligation de garantie de bon commerce mise à la charge du professionnel.

511 Cette construction supposant le sacrifice de certains intérêts exige de ses auteurs la plus grande habileté. En ce sens, le Doyen Ripert déclarait (1) : "Quand le commerce est trop prospère, les consommateurs crient au secours et quand le commerce est atteint, les négociants réclament protection ; la liberté n'est plus considérée que comme source de désordre". A une déformation limitée de la théorie des vices du consentement par la jurisprudence, la loi ou le règlement ajoutent un système peu à peu cohérent de protection du contractant contre les risques commerciaux d'erreur, de déloyauté

(1) - Georges Ripert, L'ordre économique et la liberté contractuelle, in Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény, 1934, t. II, p. 447.

ou de contrainte. Il leur revient de poursuivre avec justice l'élabo ration d'un système juridique actuellement fragmentaire et parfois partial, afin d'équilibrer les tensions dévoilées par l'exigence de protection du consentement.

BIBLIOGRAPHIE

I - OUVRAGES GENERAUX

AUBRY et RAU
Droit civil, t. 6, 7ème éd. par Ponsard et Dejean de la Batie, Paris, 1975.

BAUDRY, LACANTINERIE
Traité théorique et pratique de droit civil, 3ème éd., Paris, 1905.

BAUDRY, LACANTINERIE et SAIGNAT
Traité de la vente, 3ème éd., Paris, 1907.

BEDARRIDE
Des achats et des ventes, 2ème éd. par Abram, Paris, 1909.

BEUDANT
Cours de droit civil français (1934-1953) spécialement t. XI avec la collaboration de Brethe de la Gressaye.

CARBONNIER
Droit civil, t. 4, 8ème éd., Paris, 1975.

CHAUVEAU
Les ventes commerciales, in J.C.L. com.

CHAUVEAU et HELIE (F.)
Théorie du code pénal, t. V, 6ème éd. par Villey, Paris, 1887.

DEJEAN DE LA BATIE
Droit civil français, t. 6, Paris, 1975.

DELAYEN, HOMBURG et CHOTEAU
Des marchés commerciaux, Paris, 1927.

DELMAS MARTY
Droit pénal des affaires, Paris, 1973.

DEMOGUE
Traité des obligations, t. 1, Paris, 1923.

ESCARRA et RAULT
Les contrats commerciaux par Hémard (J), t. II, Paris, 1953.

HELIE (F.) et DEPEIGES
Pratique criminelle des cours et tribunaux, 2 t., Paris, 1928.

FREJAVILLE
Cours de droit civil, Paris, 1959-1960.

GARCON
Code pénal abnoté, 3ème éd., Paris, 1952.

GARRAUD (R. et P.)
Traité théorique et pratique du droit pénal français, t. VI, 3ème éd., Paris, 1913 à 1942.

GAUDEMET
Traité des obligations, 2ème éd., Paris, 1965.

GOYET
Droit pénal spécial, 8ème éd., par Rousselet, Arpaillange et J. Patin, Paris, 1972.

HAMEL
La vente commerciale de marchandises (étude collective), Paris, 1951.

JOSSERAND
Cours de droit civil positif français, 3ème éd., Paris, 1930.

LAROMBIERE
Théorie et pratique des obligations, t. 1, Paris, 1857

LAURENT
Principes de droit civil français, t. XV, Paris, 1878.

LYON CAEN et RENAULT
Manuel de droit commercial, Paris, 1928.

MARTY et RAYNAUD
Droit civil, Obligations, t. 2, Paris, 1962.

MAZEAUD (H. L. et J.)
Leçons de droit civil, Obligations, t. 2, 1° volume par de Juglart, 5ème éd., Paris, 1973.
Leçons de droit civil, Principaux contrats, t. 3, 2° volume par de Juglart, 4ème éd., Paris, 1974.

MAZEAUD (H.L. et J.) et TUNC
Traité théorique et pratique de responsabilité civile délictuelle et contractuelle,Paris, t.1, 6° éd.1965- t. 2,6°éd, 1970- t.3, 5° éd, (1960)

MERLE et VITU
Traité de droit criminel, 2 t., 2° éd., Paris, 1973.

PLANIOL et RIPERT
Traité pratique de droit civil français, t. 6, 2ème éd. par Esmein, 1952 ; t. 10, 1956, par Hamel(J), GIVORD (F.) et TUNC(A) ; t. 11, 2ème éd. par Rouast, Savatier, Lepargneur et Besson, Paris, 1954.

POTHIER
Traité des obligations.

RIPERT (E.)
Essai sur la vente commerciale, Paris, 1875.

RIPERT et BOULANGER
Traité de droit civil, t. 2, Paris, 1957.

RIPERT ET ROBLOT
Traité élémentaire de droit commercial, t. 1, 8èmé éd., Paris, 1974 ; t. 2, 7ème éd., Paris, 1973.

ROUAST
Cours de droit civil approfondi, Paris, 1944-1945.

SAVATIER (H.)
Etude sur le dol, th. Paris, 1881.

SAVATIER (R.)
La théorie des obligations, vision juridique et économique, 3ème éd., Paris, 1974.

SAVATIER (R.) et LELOUP
Droit des affaires, 4° éd., Paris, 1974.

STARCK
Droit civil, obligations, Paris, 1972.

VASSEUR
Droit commercial, cours, fasc. IV, Paris, 1974-75

VOUIN
Droit pénal spécial, 3ème éd., Paris, 1971

WEILL et TERRE(F.)
Obligations, 2° éd., Paris, 1975.

II - THESES ET OUVRAGES SPECIAUX

ABOAF
L'état de nécessité et la responsabilité délictuelle, th. Paris, 1941.

ALISSE
L'obligation de renseignement dans les contrats, th. dactyl., Paris, 1975.

AUBERT
Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, th. Paris, 1970.

AUBILLON
De la réticence dans les contrats relatifs au patrimoine, th. Montpellier, 1936.

ALTER
L'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels, th. Paris, 1972

AREF
De la théorie générale de la garantie des vices cachés, th. Paris, 1936.

BEDARRIDE
Traité du dol et de la fraude, Paris, 1872.

BERLIOZ
Le contrat d'adhésion, th. Paris, 1973.

BRETON
La notion de violence en tant que vice du consentement, th. Caen, 1925.

BOCCARA
Dol civil et dol criminel dans la formation des actes juridiques, th. Paris, 1952.

BONASSIES
Le dol dans la conclusion des contrats, 2 vol., th. Lille, 1955.

CAS
La défense du consommateur, Paris, 1975.

CASTAGNOL
Promotion des ventes, 1ère éd., Paris, 1972.

CELICE
L'erreur dans les contrats, th. Paris, 1922.

CLAVÉ
Les aspects économiques de la vente par correspondance, Bordeaux, 1966.

DABIN (J.)
Etudes de droit civil, Bruxelles, 1947.

DIVIER
Le mensonge en publicité, Paris, 1972.

DOLLAT
Les contrats d'adhésion, th. Paris, 1915.

DOMINGUEZ
La vente par correspondance, th. Paris, 1968.

DREYFUS
De la distinction du dol civil et du dol criminel, th. Paris, 1907.

FABRE
Essai sur la nature juridique du dol, th. Toulouse, 1941.

FOURES
Le droit de la publicité, Paris, 1968.

FOURGOUX
Droit du marketing, Paris, 1974.

FOURNIER
De la protection des parties dans les ventes d'antiquités et d'objets d'art, th. Dijon, 1936.

GALLON
Le service de la répression des fraudes et du contrôle de la qualité, th. Paris, 1973.

GAUSSEL
Un panier de mensonges, Paris, 1975.

GHESTIN
La notion d'erreur dans le droit positif actuel, 2° éd., th. Paris, 1971.

GIRAUD
L'importance économique de la marque, th. Bordeaux, 1963.

GOUNOT
Principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Paris, 1912

GORPHE
Le principe de la bonne fois, thèse Paris, 1928.

GREFFE (P. et F.)
La publicité et la loi, 2ème éd., Paris, 1970.

GROSS
La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats, th, Paris, 1964.

GUINCHARD
La publicité mensongère en droit français et en droit fédéral suisse, Mémoire D.E.S., Paris, 1971.

JOSSERAND
Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé, Paris, 1928.

LALLEMANT
L'état de nécessité en matière civile, th. Paris, 1922.

LEDUC (R.)
- La publicité, une force au service de l'entreprise, Paris, 1973.
- Le pouvoir publicitaire, Paris, 1974.

MEMMIN
Les vices du consentement dans les contrats de notre ancien droit, th. Paris, 1926.

MOMMSEN-DESJARDIN
Le furtum en droit romain - Manuel des antiquités romaines, t. XIX.

NGUYEN THANH
Techniques juridiques de protection du consommateur, th. Paris, 1970.

OTTENHOF
Le droit pénal et la formation du contrat civil, th. Paris, 1970.

OVERSTAKE
Essai de classification des contrats spéciaux, th. Paris, 1969.

PEROT - MOREL
L'équilibre des prestations dans la conclusion du contrat, th. Paris, 1956.

PERRIN
Le dol dans la formation des actes juridiques, th. Paris, 1931.

PILLET (A.)
Les grandes marques, Paris, 1962.

de PLAS et VERDIER
La publicité, Paris, 1964.

QUIN
Les consommateurs, Paris, 1965.

RIEG
Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, th. Paris, 1961.

RIPERT (G.)
- La règle morale dans les obligations civiles, 3ème éd., Paris, 1935.
- Le régime démocratique et le droit civil moderne, Paris, 1936.

ROCHE
Vente commerciale et libre concurrence, th. Lyon, 1959.

ROUBIER
Le droit de la propriété industrielle - 2 tomes
t. 1, Paris, 1952 ; t. 2, Paris, 1954.

de SAINT REMY
De la révision des clauses léonines dans les contrats d'adhésion, th. Paris, 1978.

SALEILLES (R.)
- De la déclaration de volonté, Paris, 1901.
- Essai d'une théorie générale de l'obligation, d'après le projet du code civil allemand, 3ème éd., Paris, 1927.

SCHROEDER
Der Contrat d'Adhésion und der Schutz der Adherenten, th. Göttingen, 1967.

SERNA
Le refus de contracter, th. Paris, 1967.

VASILESCO
Quelques remarques sur les vices du consentement, th. Paris, 1908.

VIVEZ
Les fraudes, Paris, 1959.

III ETUDES ET ARTICLES

BARFUSS
Die Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in dem Vertrag nach französischen Recht, im Recht der Internationalen Wirtschaft, juin 1975, p. 319.

BIETRIX et BIRBES
Vente à domicile et protection des consommateurs, Cahiers de droit de l'entreprise, J.C.P. - C.I., n° 14 du 5 avril 1973, p. 1.

BIHL
- Publicité mensongère, bientôt dix ans d'application, G.P. 72,2, doct. 432.
- Les règles de l'étiquette, G.P. 1973,2, doct. 733.
- Vers un droit de la consommation, G.P. 74,2, doct. 754
- La vente par correspondance, G.P. 1975,1, doct. 5.
- L'application des lois protégeant le consommateur, G.P. 1975,2, doct. p. 735

BIGOT
Plaidoyer pour les clauses limitatives de garantie et de responsabilité dans les contrats de vente et de fourniture entre professionnels, J.C.P. - C.I. 1976 II 11981.

BLONDET
L'escroquerie à la publicité, D. 53, chron. 133.

DOUCET (J.P.)
Les infractions de prévention, G.P. 1973,2, doct. 764.

BOCCARA (B.)
Dol, silence et réticence, G.P. 1953,1, doct. 24.

BOULOC
- V° Escroquerie in Encycl. pén., tome II, 2ème éd., 1968.
- Escroquerie - préjudice - nécessité - absence - remise - élément suffisant sous Crim. 18 novembre 1969. D. 1970, J. 437.

CAILLE (J.)
La répression des fraudes, Rev. Pol. Nat. n° 92, déc. 1972, p. 19.

CALAIS-AULOY
- Les ventes agressives, D. 1970, chron. 37.
- La loi sur le démarchage à domicile et la protection du consommateur, D. 73, chron. 266.
- La loi Royer et les consommateurs, D. 74, Chron. 91.

CHAVANNE (A.)
- Le délit d'escroquerie et la pratique criminelle contemporaine, in les principaux aspects de la politique criminelle contemporaine, Recueil d'études en hommage à la mémoire du Professeur Henri Donnedieu de Vabres, 1960, p. 147.
- La loi du 31 décembre 1964 sur les marques de fabrique, de commerce ou de service, D. 1965, chron. 83.
- La loi du 31 décembre 1964 sur les marques, R.D.C. 1965, p. 381.

CHAVANNE et FAYARD
L'escroquerie, in J.C.L. pén., art. 405, fasc. I et II

COSNARD
Le refus de vente, Dr. Social, 1961., p. 515.

COULOMBEL
Obligations spéciales de l'acheteur in Hamel, la vente commerciale de marchandises (1951), p. 297.

DEL MARMOL
Les clauses contractuelles types, facteurs d'unification du droit commercial, in Liber Amicorum Baron Louis Frédéricq, Gand, 1965, tome I, p. 307.

DELMAS-MARTY
Le droit pénal de la vente, D. 1973, chron. 323.

DELMAS SAINT HILAIRE
L'adaptation du contrat aux circonstances économiques, in Durand, la tendance à la stabilité du rapport contractuel.

DELVOLVE
Le refus de vente, D. 1960, chron. 203.

DEMONTES (E.)
Observations sur la théorie de la lésion dans les contrats, in Etudes Capitant, p. 171.

DIVIER

- Le mensonge en publicité, analyse des précisions apportées par la circulaire du 1er octobre 1974, J.C.P. - C.I. 1975 II 11888
- La cessation judiciaire d'une publicité mensongère, G.P. 1975, 2, doct. p. 738.

DOLL

La réglementation des ventes à caractère philanthropique, G.P. 1972,2, doct. p. 502.

DOLL et GUERIN (H.)

Le démarchage et la vente à domicile, J.C.P. 1973 I 2524.

DOLL et PEISSE

La nouvelle répression de la publicité mensongère, G.P. 1974,1, Doct. 200.

DOUEL (J.)

Message et communication de masse, in Humanisme et entreprise, n° 422.

DURAND (P.)

- La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel R.D.Civ. 1944, p. 73.
- Défense de l'action syndicale, D. 1960, chron. 21.

FOCSANEANU

- Encore les ventes avec primes, J.C.P. 1972 I 2483.
- La loi de 1972 sur les ventes et prestations de services avec primes, J.C.P. 1973 I 2548.

FOURES

De la mauvaise foi exigée pour l'application des sanctions de la loi du 27 décembre 1973 aux publicités comportant des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur, G.P. 1974,1, doct. 440.

FOURGOUX

- Répression des fraudes, la réglementation par voie de circulaires, G.P. 1963,2, doct. 43.
- Les mal condamnés, pour une réforme de la loi du 1er août 1905 sur la répression des fraudes, D. 1965, chron. 233.
- La concurrence déloyale et la responsabilité des publicitaires ou des supports, G.P. 1970,2, chroniques et tribune libre, p.86.
- Publicité et promotion des ventes, la loi du 27 décembre 1973, une réponse mais encore que de questions, G.P. 1974,1, doct. 208.
- Les usages et la portée des avis du service, de la répression des fraudes sous Crim. 6 février 1974, D. 74, J. 493.
- Droit de la consommation, faut-il une loi cadre, G.P. 1975, n° 341, doct. 2.
- L'information du consommateur, la contrepublicité et le rôle du juge des référés, G.P. 1975,1, doct. 107.
- La publicité est-elle mensongère quand elle se fonde sur des

avis scientifiques controversés, G.P. 1975, n° 211, doct. p.7
- La promotion des ventes, opérations licites et opérations interdites, J.C.P. - C.I. 1976 II 11802.

GAULTIER
Vente par correspondance, in J.C.L. com, Ventes commerciales, fasc. XXVII bis.

GHESTIN
V° Erreur, in Encycl. civ.
La réticence, le dol et l'erreur sur les qualités substantielles, D. 1971, chron. 247.

GONDRE (L.)
La répression des fraudes alimentaires nuisibles à la santé de l'homme, J.C.P. 1967 I 2047 bis.

GOYET (C.)
La gratuité dans la promotion commerciale en droit pénal, R.D.C. 1975, p. 35.

GREFFE
Publicité abusive et mensongère, in J.C.L. com, Concurrence déloyale, fasc. XXII.

GUERIN (H.)
La publicité mensongère et les nouvelles dispositions légales ou réglementaires la réprimant, J.C.P. 1964 I 1864.

GULPHE (P.)
L'évolution du délit de refus de vente, in Dix ans de conférences d'agrégation , Etudes de droit commercial offertes à J. Hamel, 1961, p. 423.

GUYENOT (J.)
- Droit des marques de fabrique et droit de la concurrence, in Mélanges Cabrillac, 1968, p. 219.
- L'incidence du droit des marques de fabrique sur le refus de vente et les pratiques commerciales d'exclusivité, D. 1965, chron. 75.

GUYOT
Dol et réticence, in Etudes de droit civil à la mémoire de H. Capitant, 1937, p. 287.

HEMARD
Dix ans de réglementation des ventes avec primes et le décret du 5 août 1961, D. 1961, chron. 165.
Droit de la concurrence et protection des consommateurs, G.P. 1971,2, doct. 575.

IVAINER
De l'ordre technique à l'ordre public technologique, J.C.P. 1972 I 2495.

J.M.
Les manoeuvres frauduleuses de l'escroquerie, Rev. Pol. fr. août 1968, p. 13.

JOHNSON (B.)
Le démarchage et la vente à domicile, Inf. Chef. Entr. 1973, p. 735.

DE JUGLART
L'obligation de renseignements dans les contrats, R.D.Civ. 1945, p.1.

KORNPROBST
L'erreur manifeste, D. 1965, chron. 121.

LACOSTE (J.)
Ventes réglementées quant à leur forme, in J.C.L. com., Ventes commerciales, fasc. XXXIX A.

MAGNIN
Réflexions critiques sur une extension possible de la notion de dol dans la formation des actes juridiques. L'abus de situation, J.C.P. 1976 I 2780.

LARGUIER
Formation du contrat de vente, in Hamel, la vente commerciale de marchandises, p. 75.

LAVERGNE
Des délits nouveaux résultant de la loi du 22 décembre 1972 sur la vente à domicile, G.P. 1974,1, doct. 126.

LEAUTE
Les contrats types, R.D.Civ. 1953, p. 429.

LECOMTE
La clause de style. R.D.C. 1935, p. 305.

LEVY (G.)
Recherches sur quelques aspects de la garantie des vices cachés dans la vente des véhicules neufs et d'occasion, R.D.Civ 1970, p. 1.

LIOTARD
- V° fraudes, in Encycl. pén.
- Etude de jurisprudence sur la responsabilité pénale des fabricants et producteurs en matière de fraudes commerciales, D. 1958, chron. p. 211.

LUGAN

1) Les ventes avec primes et la publicité mensongère dans la loi d'orientation du commerce et de l'artisanat, dite loi Royer, G.P. 12 juin 1974, doct. 9.
2) Réflexions sur la loi n° 72 - 1221 du 29 décembre 1972 concernant les ventes avec primes - G.P. 1973,1, doct. 237.

MAILLON
La vente "boule de neige" constitue-t-elle une escroquerie au sens de l'article 405 du code pénal, G.P. 1951,1, doct. 36.

MALAURIE
- De l'erreur (art. 1110), du dol (art. 1116), de la lésion (art. 1118), de la violence (art. 1111 - 1115) in J.C.L. civ.
- Du consentement (art. 1109) in J.C.L. civ.

MALINVAUD
- La responsabilité civile du vendeur à raison des vices de la chose, J.C.P. 1968 I 2153
- De l'erreur sur la substance, D. 1972, chron. 215.
- La responsabilité civile du fabricant en droit français, G.P. 1973,2, doct. 463.
- Pour ou contre la validité des clauses limitatives de la garantie des vices cachés dans la vente, J.C.P. 1975 I 2690.

MARCUS STEIFF
A propos des effets de la publicité sur les ventes, in Communications, 1971, n° 17.

MAURO
Les conditions générales des contrats en France, G.P. 1975,2, doct. 512.

MAURY
L'erreur sur la substance dans les contrats à titre onéreux, in Mélanges Capitant, p. 491.

de MELLO
Faut-il interdire le 13 à la douzaine, G.P. 1974,1, doct. 211.

MIHAILOV
L'étiquetage informatif, G.P. 1975,2, doct. p. 740.

NGUYEN THANH - BOURGEAIS et REVEL (J.)
La responsabilité du fabricant en cas de violation de l'obligation de renseigner le consommateur sur les dangers de la chose vendue, J.C.P. 1975 I 2679.

OVERSTAKE
La responsabilité du fabricant de produits dangereux, R.D.Civ. 1972, p. 485.

PADIS
La prévention et la répression de la publicité mensongère dans les six pays de la C.E.E. et la Suède, G.P. 1971,2, doct. 472.

PETIT (H.)
L'exploitation commerciale de la charité publique, G.P. 1962,1, doct. 41.

PLAISANT (R.)
Marques et dessins, in J.C.L. com, fasc. V

PLAISANT (R.) et LASSIER
Le décret du 24 juin 1958 modifiant certaines dispositions de l'ordonnance du 30 juin 1945 relative au maintien de la libre concurrence, Rev, Int. Prop. Ind. 1959, p. 78.

PLANIOL (M.)
Dol civil et dol criminel, Rev. crit. de légis. et de juris. 1893, p. 545.

PRELLE et ALESSI
Les contrats d'adhésion et la défense du consommateur, G.P. 1973, 2, doct. 715.

QUERENET et GARCIN
Les législations de la vente dans les pays du Marché commun et leurs conséquences économiques, G.P. 1963,2, doct. p. 60.

QUESNEL
La publicité et sa philosophie, in Communications, 1971, n° 17, p.56.

RAYMOND (G.)
- La vente avec primes, J.C.P. - C.I. 1973 II 10988.
- Les techniques de vente au regard du droit pénal, G.P. 1973,2, doct. 753.

RENAUDIN (Ph.)
Autodiscipline de la publicité, G.P. 1975,1, doct. p. 60.

RENZO
Les problèmes de la pratique en droit italien : l'approbation spécifique par écrit des clauses dites vexatoires dans les contrats conclus moyennant formulaire et dans les conditions générales de vente, Rev. Droit et affaires n° 172 ; Doc. 9/70, p. 1.

RIEG
De la bonne foi, in J.C.L. Civ, art. 1134-1135, fasc. 11,12.

RODIERE
Erreur sur la valeur et erreur sur le prix, D. 1975, J. 21.

ROCHE
- Refus de fourniture, in J.C.L. com, Ventes commerciales, fasc. XXXIX A.
- Ventes avec objets en prime, ventes avec réduction de prix in J.C.L. com., Ventes commerciales, fasc. XXXIII bis.

ROUBACH
Le décret du 26 novembre 1962 et les ventes dites "au déballage", G.P. 1963,1, doct. 7.

SAUVAGE
Vices du consentement, in J.C.L. com, Ventes commerciales,fasc.VIII.

SAVATIER (R.)
L'état de nécessité et la responsabilité civile extracontractuelle, in Mélanges Capitant, p. 729.

STARCK
Observations sur le régime juridique des clauses de non-responsabilité ou limitatives de responsabilité, D. 1974, chron. 157.

LE TARNEC
Les ventes et prestations de services avec primes, G.P. 1973,1, doct. 204.

THALLER
Courte étude sur les actes de commerce, Ann. dr. com. 1895, p. 177.

TOULEMON
- La vente "boule de neige" limitée, G.P. 1952,2, doct. 40.
- Le problème de la boule de neige, Rep. Commaille 1953, p. 43.

TREILLARD
La violence comme vice du consentement en droit comparé, in Mélanges Laborde-Lacoste, Bordeaux, 1963, p. 419.

TUNC
L'élaboration des conditions générales de vente sous les auspices de la Commission économique pour l'Europe, R.I. dr. comp. 1960, p. 108.

VASSEUR
Un nouvel essor du concept contractuel, R.D.Civ. 1964, p. 5.

VERON
L'article 1er § 1 de la loi du 1er août 1905 sur la répression des fraudes et la politique de normalisation, D. 1965, chron. 175.

VIALARD
L'offre publique de contrat, R.D.Civ. 1971, p. 750.

VIVEZ
- Fraude, in J.C.L. pén., Lois annexes, texte et commentaire.
- Les dispositions de l'ordonnance n° 67 - 835 du 26 septembre 1967 relatives à l'aissainissement de la concurrence, J.C.P. 1968 I 2145.

ZIRAH
Le vice caché, in Hamel, la vente commerciale de marchandises, p. 391.

TRAVAUX DIVERS
Commission de réforme du code civil, travaux, 1947-1948.

IV - NOTES, OBSERVATIONS, et RAPPORTS

AUBERT

Note sous Com. 30 novembre 1967, Defrenois 1971, p. 582.

BOITARD (M.) et DUBARRY

Note sous Paris 15 mai 1975, J.C.P. 1976 II 18265.

BOITARD (M.) et RABUT

Note sous Com. 27 avril 1971, J.C.P. 72 II 17280.

BOULOC

Note sous Crim. 18 novembre 1969, D. 70, J. 437.

BOUZAT

- Note sous Crim., 7 mai 1951, Rev. Sc. Crim. 51, p. 524.
- Note sous Troyes, 7 mars 1952, R.D.C. 52, p. 659.
- Note sous Colmar, 3 avril 1952, R.D.C. 54, p. 892.
- Note sous Crim., 12 mai 1955, R.D.C. 55, p. 903.
- Note sous T. corr. Seine 16 décembre 1958, R.D.C. 59, p. 359.
- Note sous Crim., 27 janvier 1966, R.D.C. 66, p. 744.
- Note sous Crim., 25 octobre 1972, R.D.C. 73, p. 139.

BRETON

Note sous Civ. 30 mai 1927, S. 1928,1,105.

CALAIS AULOY

Note sous Poitiers 14 avril 1970, D. 70, J.538.

CAVAROC

Rapp. Civ. 21 avril 1950, J.C.P. 50 II 5800.

CHAVANNE

- Note sous Paris,4 mars 1959, R.D.C. 59, p. 423.
- Obs. sous T. corr. Seine,22 janvier 1966, R.D.C. 67, p. 150.
- Obs. sous Paris, 19 octobre 1970, R.D.C. 71, p. 329.

CHEVALLIER (J.)

- Note sous Civ. 1ère, 2 mars 1964, R.D.Civ. 65, p. 112.
- Note sous Paris 8 juillet 1966, R.D.Civ. 67, p. 382.
- Note sous Lyon, 22 janvier 1970, D. 71, J. 208.

LE CLERE

Note sous T. corr. Seine, 22 mai 1962, D. 62, J. 525.

COLOMBINI

Note sous Crim., 7 mai 1951, J.C.P. 51 II 6314 et 6305.

COPPER ROYER

Note sous Com. 1er avril 1952, D. 52, J. 685.

CORNU

- Note sous Civ. 4 février 1963, R.D.Civ. 63, p. 564.
- Obs. sous Civ. 1ère, 29 mai 1963, R.D.Civ. 64, p. 573.
- Obs. sous Paris 19 avril 1971, R.D.Civ. 71, p. 865.

COSTA

- Rapp. Crim. 13 juillet 1961, D. 61, J. 525.
- Rapp. Crim. 11 juillet 1961, D. 62, J. 497.

DELPECH

- Note sous Angers, 7 décembre 1961, J.C.P. 62 II 12488
- Note sous Bourges, 28 avril 1966, J.C.P. 66 II 14795.

Note sous T.G.I. Bourges,20 janvier 1972, J.C.P. 72 II 17075.

Note sous Bourges 5 juin 1975, J.C.P. 76 II 18218.

DIJOL

Note sous Montpellier,12 février 1962, J.C.P. 62 II 12471.

DIVIER

Note sous Paris, 22 mars 1973, J.C.P. 73 II 17459.

DOUCET

Note sous T. corr. Grasse 15 juin 1968, G.P. 68,2, J. 357.

D.S.

Note sous Paris, 8 mars 1968, J.C.P. 68 II 15479.

Note sous Paris, 14 novembre 1968, D. 69, J. 61.

Note sous Paris,26 novembre 1971, D. 72, J. 15.

D.S. (suite)

- Note sous Paris, 15 avril 1972, G.P. 72,1, J. 407.
- Note sous Paris, 22 mars 1973, G.P. 73,1, J. 276.

DUBARRY et BOITARD

Note sous Paris, 15 mai 1975, J.C.P. 76 II 18265.

DUMAS

Rapp. Req. 23 mai 1933, D. 33,1,143.

ESMEIN

Note sous Civ. 1ère, 20 mars 1963, J.C.P. 63 II 13228.

FALCONNETTI

Note sous T. corr. Villefranche sur Saône, 21 mars 1961, Dr. Soc. 1961, p. 465.

F.G.

Note sous T. corr. Seine 16 décembre 1958, D. 59, J. 239.

FLOUR

Note sous Soc. 11 juin 1942, D. 43, J. 135.

FORTIN

Note sous T.G.I. Rouen 14 février 1975, D. 75, J. 363

FOURGOUX

- Note sous T.G.I. Seine,24 novembre 1965, D. 67, J. 52.
- Note sous T. corr. Seine, 22 janvier 1966, D. 67, J. 16.
- Note sous Paris, 31 mai 1967, D. 68, J. 643.
- Note sous T. corr. Troyes, 7 novembre 1967, D. 68, J. 440.
- Note sous Crim.,1er février 1968, D. 68, J. 451.
- Note sous Crim.,14 janvier 1969, D. 69, J. 583.
- Note sous Crim.,5 novembre 1969, D. 70, J. 646.
- Note sous Paris, 24 décembre 1969, D. 71, J. 622.
- Note sous Paris, 27 janvier 1972, G.P. 72,2, J. 163.
- Note sous Agen, 23 janvier 1975, D. 75, J. 748.

Note sous T. corr. Evreux, 23 janvier 1975, G.P. 75,2, J. 806.
- Note sous Paris 28 avril 1975, G.P. 75, n° 211-212, doct. 7.
Note sous TA Paris 6 mai 1975, J.C.P. 75 II 18198.

GABOLDE

Note sous Amiens 30 novembre 1954, D. 55, j. 420.

GHESTIN

Note sous T.G.I. Fontainebleau 9 décembre 1970, D. 72, J. 89.

GHESTIN et MALINVAUD

Note sous T.G.I. Paris 13 déc. 1972, D. 73, J. 410.

GUERIN

- Note sous T. corr. Lyon,18 mai 1960, J.C.P. 60 II 11635.
- Note sous Paris, 27 octobre 1965, J.C.P. 66 II 14662.
- Note sous Paris, 15 décembre 1965, J.C.P. 66 II 14662.
- Note sous Paris, 1er mars 1967, J.C.P. 67 II 15138.
- Note sous Crim. 4 décembre 1968, J.C.P. - C.I. 69 II 86235.
- Note sous Crim. 22 janvier 1970, J.C.P. 70 II 16326.
Note sous Crim. 25 octobre 1972, J.C.P. 73 II 17308.

GUYENOT

Note sous Crim. 22 décembre 1969, D. 70, J. 110.

HAURIOU

Note sous C.E. 23 mars 1906, S. 1908,3, p. 17.

HEMARD

Obs. sous T. com. Seine, 19 juin 1956, R.D.C. 57, p. 161.
Obs. sous Crim., 12 mai 1955, R.D.C. 55, p. 863.
Obs. sous T. corr. Seine, 16 décembre 1958, R.D.C. 59, p. 469.
Note sous Crim.22 octobre 1964, J.C.P. 65 II 14160.
Obs. sous Crim.,27 janvier 1966, R.D.C. 66, p. 635.
Obs. sous Crim.,4 décembre 1968, R.D.C. 69, p. 788.
Obs. sous Paris, 13 novembre 1970, R.D.C. 71, p. 431.
Obs. sous Paris, 19 avril 1971, R.D.C. 71, p. 1072.

H.S.

Note sous T. corr. Cherbourg, 25 avril 1961, Dr. Soc. 61, p.464.

HUGUENEY

Note sous T. corr. Vouziers, 23 juillet 1947, S. 48,2, p. 117.

IVAINER

Note sous Crim. 21 mars 1972, D. 73, J. 677.

JAPIOT

Obs. sous Agen, 2 janvier 1925, R.D.Civ. 1925, p. 644.

J.B.

Note sous T.G.I. Montbrison, 24 juin 1964, J.C.P. 65 II 14093.

J.H.

Note sous Paris, 27 novembre 1967, J.C.P. 68 II 15531.

J.L.C.

- Note sous Crim., 9 janvier 1963, D. 63, J. 206.
- Note sous Crim., 22 octobre 1964, D. 64, J. 753.

J.M.

Note sous Paris, 22 janvier 1953, J.C.P. 53 II 7435.

JOLY

Note sous Trib. Paix Nice - Centre 23 octobre 1957, J.C.P. 58 II 10525.

JOSSERAND

Note sous Req., 21 octobre 1925, D. 26,1,9.

LACOSTE

Note sous Soc., 1er avril 1954, J.C.P. 54 II 8384.

LARGUIER

Note sous T. corr. Seine, 19 juin 1956, J.C.P. 56 II 9657.

LEGAL

Note sous Crim. 7 mai 1951, S. 52,1,21.

LEPOINTE et GAULLIER
Note sous Crim., 25 mars 1971, D. 71,433.

de LESTANG (R.)
- Note sous Crim.,22 janvier 1958, J.C.P. 58 II 10572.
- Note sous Crim., 29 novembre 1972, J.C.P. 73 II 17360.

LIOTARD
- Note sous Crim., 15 décembre 1955, D. 56, J. 175.
- Note sous Saint-Affrique 27 décembre 1956, D. 58, J. 558.
- Note sous Crim., 22 janvier 1958, D. 58, J. 598.

LINDON
Note sous T.G.I. Paris, 13 décembre 1972, J.C.P. 73 II 17377.

LOUSSOUARN
Obs. sous Req., 17 juin 1946, R.D.Civ. 69, p. 557 et 1970, p. 163.
- Obs. sous Com., 20 oct. 70, R.D.Civ. 71, p. 131.
- Obs. sous Civ. 1ère, 23 février 1970, R.D.Civ. 70, p. 751.
- Obs. sous T.G.I.,Fontainebleau, 9 décembre 1970, R.D.Civ. 72, p. 386.

MALAURIE
Note sous Civ. 4 mai 1956, D. 57, J 313.

MALINVAUD
- Note sous Civ. 4 février 1963, J.C.P. 68 I 2153, n° 31.
- Note sous T.G.I. Seine, 13 décembre 1972, D. 73, J. 410.
- Note sous Com., 16 octobre 1973, J.C.P. 74 II 17846.

MEGRET et DAUDIER
Note sous Paris, 19 avril 1971, G.P. 71,2, J. 401.

MOURISSI
Note sous Civ., 4 février 1963, S. 63, J. 193.

NICOLAS - JACOB
Note sous Paris, 30 novembre 1967, Rec. gén. Lois, 1971,p. 454.

P.A.
Note sous Civ. 1ère, 23 février 1970, J.C.P. 70 II 16347.

PEDAMON
Note sous Com., 14 janvier 1969, D. 70, J. 458.

P.L.
- Note sous Paris.19 avril 1971. J.C.P. 71 II 16752.
- Note sous T.G.I. Paris, 26 janvier 1972, J.C.P. 72 II 17043.

PLAISANT
Note sous Paris 7 février 1961, J.C.P. 61 II 12052.

PLANCQUEEL
Note sous Com. 17 décembre 1973, G.P. 74,1, J. 429.

de la PRADELLE
Note sous Civ. 1ère, 11 octobre 1966, J.C.P. 67 II 15193.

PRIEUR
Note sous Com., 7 janvier 1969, J.C.P. 69 II 16121.

RIPERT (G.)
Note sous Lyon, 26 juillet 1950, D. 51, J. 97.

ROBERT
Rapp. Crim., 21 mai 1974, D. 74, J. 579.

ROBIN
Concl. Paris 7 février 1961,D. 61, J. 175.

RODIERE
Note sous Civ. 1ère, 28 novembre 1973, D. 75, J. 21.

SAVATIER (R.)
Note sous Civ. 4 février 1963, J.C.P. 63 II 13159.

TALLEBECK
Note sous Crim., 7 mai 1951, Rev. dr. pén. et crim. 1950, p. 1076 et 1951, p. 424.

TORTAT
Note sous Cass. Req., 28 décembre 1932, S. 33,1, p. 377.

TOUJAS
Note sous Toulouse 5 mai 1947, J.C.P. 48 II 4185.

VIALLETON
Note sous Civ., 22 novembre 1926, S. 27,1,169.

VITU
Note sous Colmar, 3 avril 1952, J.C.P. 54 II 8307.

VIVEZ
Note sous Crim.,6 juillet 1960, J.C.P. 60 II 11849.
- Note sous Crim., 31 mai 1962, J.C.P. 62 II 12760.
- Note sous Crim., 17 octobre 1962, J.C.P. 63 II 13071.
- Note sous Crim., 9 février 1965, J.C.P. 66 II 14493.
- Note sous Crim.,8 décembre 1965, J.C.P. 66 II 14493.
Note sous Crim., 18 octobre 1966, J.C.P. 67 II 14986.

VOIRIN
- Note sous Bordeaux, 10 décembre 1928, D. 29,2,81.
- Note sous Civ. 1ère, 15 juin 1960, J.C.P. 61 II 12274.

VOUIN
Note sous Crim., 7 mai 1951, D. 51, J. 489.

VOULET
Note sous Paris, 17 février 1960, J.C.P. 60 II 11504.

WAHL
Note sous Req., 3 janvier 1900, S. 1901,1,321.
- Note sous T. com. Seine, 20 juillet 1901 et 19 novembre 1901, S. 1904,2,49.

WALINE
Note sous Lyon, 18 mars 1931, D. 33,2,25.

NOTES ANONYMES

Note sous Crim., 12 juillet 1961, D. 61, Som. 98.
- Note sous Paris, 30 juin 1964, J.C.P. 65 II 14058.
Note sous Civ. 1ère, 11 octobre 1966, D. 67, Som. 102.

NOTES ANONYMES (suite)

- Note sous T.G.I. Seine, 7 novembre 1966, G.P. 66,2,339.
- Note sous Douai, 1er juin 1967, D. 67, J. 684.
- Note sous Crim., 21 mai 1974, D. 74, J. 579.

UNIVERSITE DE NANCY II
25, rue Baron Louis

B.P. 454
54001 NANCY CEDEX

Tél. : (28) 20.47.48

Nancy, le 24 septembre 1976

Le Président de l' Université de Nancy

n° 76- 2A

VU l'arrêté du 16 avril 1974 relatif au doctorat d'Etat, notamment ses articles 9 et 10 ;

VU la décision du Conseil Scientifique du 26 novembre 1974 sur l'application de ce text

A R R Ê T E :

Article 1er.-

M. Guy VENANDET est autorisé à présenter à la soutenance en vue du titre de docteur d'Etat, une thèse intitulée "La protection de l'intégrité dans la vente commerciale" ; si les trois rapports visés à l'article 3 ci-dessous sont favorables.

Article 2.-

Le jury sera composé de

MM. GERMAIN Michel, maître de conférences à l'Université de Besançon
GROSS Bernard, professeur à l' Université de Nancy II
LACOMBE Jean, professeur à l'Université de Nancy II
VITU André, professeur à l' Université de Nancy II
ADRIEN, Directeur des services juridiques de Pont à Mousson S.A

Le jury désignera son président conformément à l'article 10, alinéa 6 de l'arrêté susvisé.

Article 3.-

Les trois rapporteurs sont MM. GERMAIN, GROSS, LACOMBE

Article 4.-

La publicité prévue à l'article 9, alinéa 7 de l'arrêté susvisé sera faite conformément à la décision du Conseil Scientifique du 26 novembre 1974.

Article 5.-

Le Secrétaire Général de l' Université de Nancy II est chargé de l'application du présent arrêté.

F. BORELLA,

ERSITE DE NANCY II
5, rue Baron Louis

B.P. 454
001 NANCY CEDEX

Tél. : (28) 20.47.48

Nancy, le 21 octobre 1976

Le Président de l' Université de Nancy II

76- 32

VU l'article 9, alinéa 1°, de l'arrêté du 16 avril 1974, sur le doctorat d'Etat ;

VU les rapports favorables à la soutenance de la thèse de M. Guy VENANDET émanant de MM. les professeurs GERMAIN, GROSS, LACOMBE

A R R Ê T E :

rticle 1er.-

M. Guy VENANDET est autorisé à soutenir son travail sur "La protection de l'intégrité dans la vente commerciale" en vue de l'obtention du Grade de Docteur d'Etat, le 6 novembre 1976.

rticle 2.-

Le service de la scolarité de l'UER Faculté de Droit et des Sciences économiques est chargé de l'application du présent arrêté.

F. BORELLA,

UNIVERSITE DE NANCY II
Le Président